DIE FAKULTATIVE MÜNDLICHE VERHANDLUNG DER ZIVILPROZESSORDNUNG.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE,

DIE MIT GENEHMIGUNG

DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

VEREINIGTEN FRIEDRICHS-UNIVERSITÄT

HALLE-WITTENBERG

ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN

AM DIENSTAG, DEN 19. NOVEMBER 1912, MITTAGS 12 UHR

ÖFFENTLICH VERTEIDIGEN WIRD

ACAD. LVGD. BAT. BIBL.

WERNER HOFFMANN

GERICHTSASSESSOR

IN WETTIN.

OPPONENTEN:

HERR GERICHTSASSESSOR DR. KOPF

HERR REFERENDAR JESAU.

HALLE a. S.

HOFBUCHDRUCKEREI VON C. A. KAEMMERER & Co.

1912.

Referent: Prof. Dr. **Pagenstecher.**

Dem Andenken meines Freundes,
des Gerichtsassessors Bruno Walter.

Gliederung des Stoffes.

Seite

I. Einleitung 16

§ 1. Gegenstand der Abhandlung 16

II. Erster Abschnitt 19

Die fakultative mündliche Verhandlung der Zivilprozeßordnung mit Ausnahme des Arrestverfahrens und des eine einstweilige Verfügung betreffenden Verfahrens 19

§ 2. Verhältnis der fakultativen mündlichen Verhandlung zur ordentlichen mündlichen Verhandlung der §§ 128 bis 165. — § 128. 19

§ 3. Fortsetzung. — Anwendbarkeit der §§ 129 bis 165 . . . 28

§ 4. Das Ladungswesen 31

§ 5. Der Anwaltszwang 40

§ 6. Die Terminsversäumnis 45

§ 7. Die Beweismittel 50

§ 8. Einzelne das Verfahren betreffende allgemeine Bestimmungen 57

III. Zweiter Abschnitt 66

Die fakultative mündliche Verhandlung vor der Entscheidung über Arreste und einstweilige Verfügungen 66

§ 9. Das Arrestverfahren 66

§ 10. Das eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren . . 74

Inhaltsangabe.

Gemäß § 128 der Zivilprozeßordnung ist die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte eine mündliche. Neben dieser obligatorischen mündlichen Verhandlung kennt die Prozeßordnung eine fakultative mündliche Verhandlung in den Fällen, in denen das Gesetz sagt: „Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen". Hier ist es in das Ermessen des Gerichts gestellt, ob mündlich verhandelt wird, oder ob die Entscheidung nur auf Grund des schriftlich vorliegenden Materials sofort erfolgt. Über die Anordnung der mündlichen Verhandlung entscheidet daher ein Gerichtsbeschluß. Ist mündliche Verhandlung angeordnet worden, so hat der für die obligatorische mündliche Verhandlung aus § 128 sich ergebende Grundsatz, daß das Gericht nur das in der Verhandlung mündlich Vorgetragene bei seiner Entscheidung berücksichtigen darf, hier keine Geltung. Denn einer entsprechenden Anwendung des § 128 auf die fakultative mündliche Verhandlung widerspricht: a) der Zweck der fakultativen mündlichen Verhandlung — sie dient lediglich dem Bedürfnis besserer Information des Gerichts —, b) die ihrer Anordnung notwendig voraufgehende Tätigkeit des Gerichts, — das Gericht hat sich schon eingehend mit dem in den Akten niedergelegten Stoffe beschäftigt, bevor es mündliche Verhandlung anordnete, es hat sich nicht nur, wie bei der obligatorischen mündlichen Verhandlung, auf den Termin vorbereitet —, c) die Widerruflichkeit der Terminsbestimmung — die Parteien haben kein Recht auf mündliche Verhandlung, das Gericht kann beliebig wieder von der mündlichen Verhandlung abgehen —, d) die Möglich-

keit, in gewissen Fällen von Amtswegen zu entscheiden — das Gericht kann da nicht an den Parteivortrag gebunden sein —, e) die Fassung des hannöverschen und norddeutschen Entwurfes — deren Fassung „die Entscheidung kann in beratender Sitzung erfolgen" nur aus redaktionellen Gründen nicht in die Zivilprozeßordnung übernommen ist.

Dagegen steht der entsprechenden Anwendung der anderen Paragraphen des „Mündliche Verhandlung" überschriebenen Titels der Zivilprozeßordnung (§§ 129 bis 165) nichts im Wege, nur die Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze sind davon ausgeschlossen.

Der die mündliche Verhandlung anordnende Beschluß ist den Parteien zuzustellen, nachdem er mit der Terminsbestimmung versehen ist. Eine Parteiladung würde sich nicht mit der Eigenart der fakultativen mündlichen Verhandlung vertragen; Ladung von Amtswegen dagegen ist überflüssig. Nur im amtsgerichtlichen Verfahren gilt auch für die fakultative mündliche Verhandlung § 497. Dem Anwaltszwange unterliegt die fakultative mündliche Verhandlung in demselben Umfange, wie die obligatorische.

Die Entscheidung, die auf Grund der fakultativen mündlichen Verhandlung erlassen wird, ergeht als Beschluß. Deshalb ist ein Versäumnisverfahren analog dem bei obligatorischer mündlicher Verhandlung (§§ 330 ff.) ausgeschlossen, denn ein Versäumnisurteil könnte hier nicht erlassen werden, und Versäumnisbeschlüsse sind der Prozeßordnung fremd; ein Versäumnisverfahren würde auch der Eigenart dieser Verhandlung zuwiderlaufen. Wohl aber sind die Bestimmungen der §§ 230, 231 über die allgemeinen Folgen der Versäumung einer Prozeßhandlung ebenso anwendbar wie der § 138, der die besonderen Folgen behandelt, die sich für die Partei an das Unterlassen einer Erklärung knüpfen.

Die §§ 85 Satz 2 und 295 sind auf die fakultative mündliche Verhandlung anwendbar, da diese Vorschriften dem Wesen der fakultativen mündlichen Verhandlung entsprechen. Nach dem Zweck der fakultativen mündlichen Verhandlung ist auch die

Anwendbarkeit des § 251 über das Ruhen des Verfahrens zu beurteilen.

Das Beweisverfahren richtet sich nach den für die obligatorische mündliche Verhandlung geltenden Bestimmungen; nur ist der Eid nicht lediglich in den Fällen des § 461, sondern stets durch Beschluß aufzuerlegen, da auf die fakultative mündliche Verhandlung kein Urteil, sondern ein Beschluß erlassen wird.

Eine Sonderstellung nimmt § 554 a Absatz 2 ein. Obwohl nach dieser Bestimmung über die Unzulässigkeit der Revision „ohne vorgängige mündliche Verhandlung" entschieden werden kann, so ist doch das Verfahren, sobald mündliche Verhandlung angeordnet ist, nicht mehr das sonst bei fakultativer mündlicher Verhandlung anzuwendende, sondern man hat es dann mit der gewöhnlichen mündlichen Verhandlung zu tun.

Auch beim Arrestverfahren und bei dem eine einstweilige Verfügung betreffenden Verfahren gibt es eine fakultative mündliche Verhandlung. Aber diese Verhandlung findet ihren Abschluß nicht in einem Beschluß, sondern nach § 922 in einem Urteil. Durch diese Vorschrift wird zwar ausdrücklich nur die Form der zu erlassenden Entscheidung bestimmt, betroffen wird davon aber das gesamte der Entscheidung voraufgehende Verfahren. Die Verhandlung selbst gewinnt an Bedeutung, sie ist nicht nur Informationsmittel, sondern steht der obligatorischen mündlichen Verhandlung der §§ 128 ff. gleich. Der die mündliche Verhandlung anordnende Beschluß ist den Parteien gemäß § 329 Absatz 3 zuzustellen, die Ladung zum Termin dagegen bleibt dem Parteibetriebe überlassen; nur im amtsgerichtlichen Verfahren hat die Ladung der Parteien von Amtswegen zu erfolgen. Dabei ist zwar nicht die Einlassungsfrist, wohl aber die Ladungsfrist einzuhalten. Förmliche Beweise sind in dem Verfahren nicht zu verlangen, sondern der Anspruch und der Arrestgrund sind glaubhaft zu machen. Die Eideszuschiebung und alle Beweiserhebungen, die nicht sofort erfolgen können, sind also unstatthaft. Für die mündliche Verhandlung besteht Anwaltszwang, wie bei der obligatorischen mündlichen Verhandlung. Ein Versäumnisurteil kann unter analoger Anwendung der

§§ 330 ff. sowohl gegen den Gläubiger wie gegen den Schuldner ergehen. Beim Nichterscheinen beider Parteien ruht das Verfahren. In dem Verfahren, in dem es sich um Anordnung einstweiliger Verfügungen handelt, gelten noch folgende Sonderbestimmungen. Die Entscheidung kann nur in dringenden Fällen ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Ferner ergeht auf die mündliche Verhandlung, für die in dringenden Fällen das Amtsgericht zuständig ist, in dessen Bezirk sich der Streitgegenstand befindet, kein Urteil, sondern ein Beschluß.

Literaturverzeichnis.

Annalen des Königlich Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden. Band 13.

Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht der Königlich Preußischen Rheinprovinz. Band 87.

Auerbach, Ladung der Parteien zur Verhandlung der Sache von Amtswegen, in Busch, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Band 35 S. 222 f.

Bischoffshausen, Über den Begriff des Widerspruchs in der Zivilprozeßordnung, in Busch, Band 19 S. 408 f.

Blätter für Rechtsanwendung (I. A. Seuffert). Herausgegeben von Staudinger. 65. Jahrgang. 1900.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig.

v. Bülow, Glossen zur Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, in Gruchot, Band 22 S. 98 f.

Busch, Aus den Grenzgebieten der freiwilligen und der streitigen Gerichtsbarkeit, in der Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin für Koch, S. 179 f., Berlin 1903.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Deutsche Juristen-Zeitung, begründet von Laband, Stenglein, Staub.

Dorendorf, Arrest und einstweilige Verfügungen nach den Vorschriften der deutschen Zivilprozeßordnung. Breslau 1884.

Eccius, Die Stellung des Richters bei der Terminsbestimmung im Falle einer Ladung durch die Partei, in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Band 29 S. 1 f.

Entscheidungen des Landgerichts in Bremen, mitgeteilt in Busch, Band 10 S. 398.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band 7, 9, 25, 36, 39, 40, 50, 54.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung. 2. Auflage. Berlin 1908.

Fischer, Über die Bestimmung und Bekanntmachung der Termine und die Ladung, in Gruchot, Band 25 S. 620 f.

Fitting, Der Reichszivilprozeß. 9. Auflage. Berlin 1898.

Fitting, Über die Bedeutung der Ausdrücke „Antrag" und „Gesuch" in der Zivilprozeßordnung, in Busch, Band 7 S. 229 f.

Förster, Die Zivilprozeßordnung.

Fortenbach, Prüfungsrecht des Vorsitzenden bei Bestimmung des Termins auf einem eine Ladung enthaltenden Schriftsatze, in Busch, Band 8 S. 153 f.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 8. und 9. Auflage. Tübingen und Leipzig 1906 und 1908.

Hahn, Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung. Band 1 und 2. Berlin 1881.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. München.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1903.

Hoffmann, Die sogenannte fakultative mündliche Verhandlung der Zivilprozeßordnung, in Gruchot, Band 24 S. 730 f.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 3. und 4. Auflage. Berlin 1911.

Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern. 8. Jahrgang. Posen 1905.

Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins, herausgegeben von Neumann.

Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Auflage. Berlin 1910.

Kohler, Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozeß, im Archiv für zivilistische Praxis. Band 80 S. 267.

v. Kraewell, Erläuterungen einiger Vorschriften der Zivilprozeßordnung, in Busch, Band 2 S. 395.

Krech, Der Offenbarungseid im Zwangsvollstreckungsverfahren, in Gruchot, Band 26 S. 218 f.

Küntzel, Besprechung der Monographien von Dorendorf und Peters über Arrest, in Gruchot, Band 29 S. 457 f.

Langheinecken, Über die Zivilprozeßnovelle vom 5. 6. 1905, in den Blättern für Rechtsanwendung, Band 70. 1905.

Materialien zur Zivilprozeßordnung. Berlin 1898. Heymann's Verlag.

Materialien zu dem Gesetz betreffend Änderungen der Zivilprozeßordnung usw. vom 1. Juni 1909. 3. Beiheft zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Leipzig 1909.

Meyer, Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Unterlassungen, in Busch, Band 15 S. 490.

Meyer, In welchen Fällen ist nach der Zivilprozeßordnung der Erlaß eines Versäumnisurteils zulässig?, in Busch, Band 9 S. 318 f.

Meyer, Anleitung zur Prozeßpraxis. 4. Auflage. Berlin 1896.

Meyer, Prozeßgang nach der Zivilprozeßordnung. Berlin 1895.

Merkel, Über Arrest und einstweilige Verfügungen. Halle 1880.

Möller, Über die Aufhebung des Arrestes wegen veränderter Umstände, in Busch, Band 10 S. 498 f.

Mugdan-Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Leipzig.

Neubauer, Zuständigkeit für den Widerspruch gegen eine in der Beschwerdeinstanz erlassene einstweilige Verfügung, in Busch, Band 19 S. 311 f.

Neukamp, Handkommentar zur Zivilprozeßordnung. 2. Auflage. Leipzig 1911.

Nöldeke, Die Beschwerde gegen Kostenurteile, in Busch, Band 28 S. 430.

Nöldeke, Auferlegung eines Eides im Beschwerdeverfahren durch Beschluß, in Busch, Band 29 S. 507.

Peters, Der Arrest und die einstweiligen Verfügungen nach preußischem Rechte. Berlin 1884.

Petersen (Anger), Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 4. Auflage. Lahr 1899.

Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Band 1. Nördlingen 1887. Band 2. München 1896.

Reincke, Die deutsche Zivilprozeßordnung. 5. Auflage. Berlin 1904.

Rintelen, Der Zivilprozeß. Berlin 1891.

Rohs, Das System des deutschen Zivilprozesses. Breslau 1907.

Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1898.

Schollmeyer, Der Zwischenstreit unter den Parteien. I. Abt. Berlin 1880.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 11. Auflage. München 1910 und 1911.

Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. München und Berlin.

Seuffert, Zur Zivilprozeßnovelle, in Busch, Band 35 S. 65 f.

Skonietzki-Gelpcke, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. Band 1. Berlin 1911.

Sprenger, Über den Gebrauch des Eides behufs Nachweises von Zuwiderhandlungen gegen die urteilsgemäß festgesetzte Verpflichtung des Schuldners, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, im Archiv für die zivilistische Praxis. Band 81 S. 262 f.

Stein, Die Novelle zur Zivilprozeßordnung vom 1. 6. 1909. Tübingen 1911.

Stein, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 10. Auflage. Tübingen 1911.

Stein, Zivilprozeß in Birkmeyer's Enzyklopädie. Berlin 1901.

Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 7. Auflage. Berlin 1900.

Troll, Das Versäumnisurteil nach der Zivilprozeßordnung.

Unger, Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Busch, Band 39.

Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Band 1. Leipzig 1885.

Wach, Die Zivilprozeßordnung und die Praxis. Leipzig 1886.

Wach, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung. Bonn 1896.

Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen. Leipzig.

Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Stuttgart 1903.

Willenbücher, Grundriß des Prozeß- und Zwangsvollstreckungsverfahrens nach der deutschen Zivilprozeßordnung. Berlin 1900.

v. Wilmowski, Die Reichskonkursordnung. 6. Auflage. Berlin 1906.

v. Wilmowski-Levy, Die Zivilprozeßordnung. 6. Auflage. Berlin 1892.

Wittmaack, Das gerichtliche Geständnis, im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 88 S. 1 f.

Zeitschrift der Anwaltskammer im Oberlandesgerichtsbezirk Breslau. 6. Jahrgang. 1893.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. 1. Jahrgang. 1905.

I. Einleitung.

§ 1. Gegenstand der Abhandlung.

Im ersten Buche der Zivilprozeßordnung trägt ein Titel die Überschrift „Mündliche Verhandlung", und an seiner Spitze steht der Satz: Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte ist eine mündliche (§ 128).

Dadurch ist der Grundsatz der Mündlichkeit für die Verhandlung aufgestellt und zugleich bestimmt, innerhalb welcher Grenzen er gilt.[1]) Er ist beschränkt auf die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte. In diesen Grenzen aber ist die Mündlichkeit der Verhandlung obligatorisch, ohne mündliche Verhandlung kann das Gericht keine Entscheidung in der Sache selbst treffen.

Außerhalb dieser Grenzen ist eine mündliche Verhandlung nur erforderlich, wenn es die Prozeßordnung ausdrücklich vorschreibt, wie z. B. in den §§ 71, 135, 389.[2])

Daneben bestimmt das Gesetz in einer Reihe von Fällen: „Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen".[3])[4]) Hierher gehören die folgenden Paragraphen der Zivilprozeßordnung: 37, 46, 49, 102, 104, 107, 109, 126, 174, 177, 204, 225, 226, 227, 248, 319, 339, 406, 490, 554a, 573, 577, 697,

1) Vgl. Stein, Anm. I zu § 128.

2) Vgl. Seuffert, Kommentar Anm. zu § 128.

3) Vgl. v. Bülow in Gruchot, Bd. 22, S. 126. Seuffert a. a. O. § 128.

4) In einem Falle (§ 406) heißt es: Eine vorgängige mündliche Verhandlung der Beteiligten ist nicht erforderlich.

707, 715, 719, 732, 738, 742, 749, 764, 769, 771, 774, 785, 786, 795, 805, 891, 921, 934, 937, 942, 947, 1020, 1023, 1045.[5])

Das Gesetz hat es hier freigestellt, eine Entscheidung über ein Gesuch der Parteien zu treffen nach vorheriger mündlicher Verhandlung der Parteien über das Gesuch oder ohne Abhaltung eines derartigen Termins. Einen Namen hat der Gesetzgeber diesem Institut nicht gegeben. Der Wissenschaft blieb es vielmehr vorbehalten, hierfür einen Namen zu prägen, und zwar faßt die Literatur zur Zivilprozeßordnung diese Fälle unter der Bezeichnung „fakultative mündliche Verhandlung" zusammen.[6]) Fakultativ, in das Ermessen gestellt, wird die Verhandlung genannt im Gegensatz zu der obligatorischen Verhandlung der §§ 128 ff.

Aber während der obligatorischen mündlichen Verhandlung in der Zivilprozeßordnung ein selbständiger Titel eingeräumt ist, und auch außerhalb dieses Titels die Prozeßordnung im ersten wie im zweiten Buche in umfangreicher Weise zusammenhängende Vorschriften über Einleitung, Fortführung, Beendigung und Wirkung der Verhandlung gibt, fehlt es bezüglich der fakultativen mündlichen Verhandlung fast gänzlich an derartigen Bestimmungen. Das Gesetz beschränkt sich darauf, es jedesmal hervorzuheben, wenn eine richterliche Entscheidung nach vorgängiger mündlicher Verhandlung oder ohne eine solche erlassen werden kann, mit anderen Worten, sobald ein Fall der fakultativen mündlichen Verhandlung vorliegt. Aus dem Wortlaut des Gesetzes an diesen Stellen ergibt sich, daß meist[7]) ein Gesuch[8]) oder Antrag[9]) das Verfahren einleitet. Weiter ist dann für das Verfahren bei Entscheidungen über Arreste und einstweilige Ver-

---

5) Vgl. Hoffmann in Gruchot, Bd. 24, S. 730. Neukamp § 128.

6) Wach, Vorträge S. 100. Seuffert a. a. O. § 128.

7) Selten Entscheidung von Amtswegen. Vgl. §§ 102, 126 i. Vbdg. mit 121, 319, 339, 934.

8) Über „Gesuch" s. Fitting in Busch, Bd. 7, S. 236.

9) Von „Gesuch" spricht das Gesetz in §§ 37, 46, 104, 126, 204, 225, 248, 406, 490, 920, von „Antrag" in §§ 109, 174, 177, 226, 227, 319, 697, 707, 715, 719, 769, 887 bis 890, 947, 1045, von „Beschwerde" in § 573, von „Einwendungen" in §§ 732 und 785.

fügungen die Bestimmung getroffen, daß die Entscheidung im Falle einer vorgängigen mündlichen Verhandlung durch Endurteil zu erfolgen hat. Damit sind aber auch die Vorschriften, die das Gesetz ausdrücklich für die fakultative mündliche Verhandlung gibt, erschöpft. So ist es erklärlich, daß schon im Jahre 1880 „in der geschäftlichen Behandlung dieses Instituts sich eine ziemlich erhebliche Verschiedenheit herausgebildet" hatte.[10]) Und wie in der Praxis, so herrscht auch in der Theorie keine Einheitlichkeit in der Beurteilung der fakultativen mündlichen Verhandlung.

Bei einer Erörterung der fakultativen mündlichen Verhandlung ergibt sich ganz von selbst als zuerst zu beantworten die Frage nach dem Verhältnis, in dem die fakultative mündliche Verhandlung zu der obligatorischen steht. Diese obligatorische mündliche Verhandlung, von der Prozeßordnung schlechthin „Mündliche Verhandlung" genannt, ist in einem besonderen Titel des ersten Buches (§§ 128 ff.) behandelt. Doch dieser Titel gibt keine abschließende Regelung der Materie, sondern nur deren grundlegende allgemeine Bestimmungen. In demselben Abschnitt sind noch andere das Verfahren betreffende Vorschriften enthalten, die für die mündliche Verhandlung von Wichtigkeit sind. Außerdem sind von den im ersten Buche der Prozeßordnung gegebenen allgemeinen Bestimmungen wegen ihres engen Zusammenhanges mit der mündlichen Verhandlung auch die Vorschriften über Anwaltszwang sowie das Zustellungs- und Ladungswesen in Betracht zu ziehen. Da für das Verfahren in erster Instanz und somit auch für die mündliche Verhandlung der ersten Instanz das zweite Buch der Zivilprozeßordnung sedes materiae ist, muß hier auch dieses in den Kreis der Erörterungen einbegriffen werden. In einem besonderen Abschnitt ist dann noch das Arrestverfahren darzustellen.

---

10) Hoffmann a. a. O. S. 732.

II. Erster Abschnitt.

Die fakultative mündliche Verhandlung der Zivilprozeßordnung mit Ausnahme des Arrestverfahrens und des eine einstweilige Verfügung betreffenden Verfahrens.

§ 2. Das Verhältnis der fakultativen mündlichen Verhandlung zur ordentlichen mündlichen Verhandlung der §§ 128 bis 165. — § 128 der Zivilprozeßordnung.

Für die Bewertung der fakultativen mündlichen Verhandlung ist es am wichtigsten, festzustellen, welche Bedeutung hier die Verhandlung für das Verfahren hat, insbesondere ob der § 128 entsprechend auf die fakultative mündliche Verhandlung anzuwenden ist.

Für die ordentliche mündliche Verhandlung der §§ 128 bis 165 stellt § 128 den Grundsatz der Mündlichkeit auf. Das Gericht hat danach bei seiner Entscheidung nur das zu berücksichtigen, was in der mündlichen Verhandlung vorgetragen ist.[1]) Der mündliche Vortrag in der Verhandlung bildet „die relevante Erscheinungsform der Urteilsgrundlagen, soweit sie im Parteivorbringen zu finden ist".[2]) Die Schriftsätze dienen nur zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung; im amtsgerichtlichen Prozeß sind sie überhaupt nicht erforderlich, und für den Anwaltsprozeß sind sie zwar vorgeschrieben, doch hat die Nichtbeachtung dieser Vorschrift Rechtsnachteile in der Sache selbst nicht zur Folge (§ 129). Den Ausschlag gibt der mündliche Vortrag im Termin.

---

1) Stein a. a. O. Anm. III zu § 128. — Nöldeke in Busch, Bd. 28, S. 439.

2) Wach, Vorträge, S. 4.

Ein derartiges Dominieren der mündlichen Verhandlung ist in den Fällen der §§ 37, 46 usw. ohne weiteres ausgeschlossen, sobald von der Befugnis, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden, Gebrauch gemacht wird. Bei dem vollständigen Fehlen einer mündlichen Verhandlung entfällt auch selbstverständlich die Möglichkeit, die Geltung des Mündlichkeitsprinzips für dieses Verfahren anzunehmen, das Gericht kann vielmehr lediglich auf Grund der Akten entscheiden, wenn überhaupt eine Entscheidung in der Sache selbst zustande kommen soll. Wenn also keine Verhandlung angeordnet wird, so können die §§ 128 ff. auf dieses Verfahren überhaupt keine Anwendung finden.

Dagegen wird die Frage nach der Anwendbarkeit des § 128 auf unsere Fälle dann brennend, wenn mündliche Verhandlung angeordnet wird. Vorauszuschicken ist hier folgendes: Für das Verfahren bei Anordnung der fakultativen mündlichen Verhandlung zur Entscheidung über Arreste und einstweilige Verfügungen gelten, wie schon in der Einleitung erwähnt ist, besondere Bestimmungen. [3]) Von diesen beiden Fällen wird deshalb vorläufig abgesehen, und es sollen jetzt nur die übrigen Fälle der fakultativen mündlichen Verhandlung gemeinsam behandelt werden.

Angenommen, es finde eine solche fakultative mündliche Verhandlung statt, dann kommt es darauf an, ob diese Verhandlung dieselbe Wirkung hat, wie die obligatorische, namentlich, ob sie ebenfalls die alleinige Grundlage für die Entscheidung bildet. Diese Frage ist in der Literatur verschieden beantwortet. Nach der einen Ansicht sind beide Verhandlungsarten grundsätzlich gleich zu behandeln. Die Vertreter dieser Meinung stellen sich auf folgenden Standpunkt: Mit der Anordnung der mündlichen Verhandlung durch das Gericht gewinnt die nun folgende mündliche Verhandlung den Charakter, den jede mündliche Verhandlung vor dem entscheidenden Richter hat. [4]) Sie ist für die Parteien prozessuale Pflicht, zwar nicht unmittelbar durch das Gesetz, sondern durch die auf dem Gesetze beruhende Anordnung

3) Petersen, § 128. Seuffert a. a. O. § 128. Weismann, Bd. I, S. 319.

4) Fischer in Gruchot, Bd. 25, S. 648. — Skonnietzki-Gelpcke, Anm. vor § 128.

des Gerichts. Begründet wird diese Ansicht von Förster mit dem Hinweise auf das Gesetz. „Zur Annahme einer grundsätzlich verschiedenen Behandlung der obligatorischen und fakultativen Verhandlung," so führt er aus,[5]) „gibt das Gesetz in keiner Weise einen Anhalt; das Gesetz kennt nur eine mündliche Verhandlung, und diese unterliegt, gleichviel ob sie auf direktes Gebot des Gesetzes oder kraft richterlicher Anordnung stattfindet, den nämlichen prozessualen Grundsätzen. Die Tatsache der Anordnung der mündlichen Verhandlung macht die fakultative mündliche Verhandlung für die Parteien zu einer obligatorischen." In demselben Sinne äußern sich Struckmann-Koch.[6]) Nach Fischer[7]) hat auch hier die mündliche Verhandlung die ihr grundsätzlich innewohnende Bedeutung, daß sie das gleichzeitige und wechselseitige Verhandeln der Parteien vor dem Prozeßgerichte als die relevante Form der Wahrnehmung der Parteirechte (Wach) ermöglichen und damit die nach der zeitigen Lage des Falls einzig mögliche Grundlage für die richterliche Entscheidung geben soll. Die Fälle, in denen die Entscheidung des Prozeßgerichts auch von Amtswegen erlassen werden kann, oder in denen es an einem bestimmten Gegner mangelt, betrachtet Fischer als Ausnahme und erläutert die von ihm aufgestellte Regel an der auf ein Arrestgesuch hin eingeleiteten Verhandlung. Er kommt zu dem Schluß, daß bei der fakultativen mündlichen Verhandlung, ebenso wie bei der obligatorischen, nur das mündlich von den Parteien Vorgetragene, welches das zur Entscheidung zu bringende Streitverhältnis in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen habe, berücksichtigt werden dürfe, und daß die eine unerträgliche Verquickung der Mündlichkeit und Schriftlichkeit im Gefolge habende Bezugnahme auf das schriftliche Gesuch statt mündlicher Verhandlung unzulässig sei.[8])

Gegen diese völlige Gleichstellung des Verfahrens bei fakul-

5) Kommentar S. 199.
6) Zivilprozeßordnung S. 150 und 151.
7) A. a. O. S. 648 und 649.
8) Fischer in Gruchot, Bd. 25, S. 651.

tativer mündlicher Verhandlung mit dem bei der obligatorischen mündlichen Verhandlung wendet sich die herrschende Lehre mit Recht.

Zuerst ist der Zweck der fakultativen mündlichen Verhandlung gegen die von Fischer und Anderen vertretene Theorie ins Feld zu führen. Die fakultative mündliche Verhandlung dient lediglich dem größeren Informationsbedürfnis. Das steht zwar im Gesetz ausdrücklich nicht geschrieben, aber es findet in den Motiven zur Zivilprozeßordnung Erwähnung, und ergibt sich daraus, daß ihre Anordnung fakultativ ist. „Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen." Das Gericht ist durch diese Bestimmung des Gesetzes vor die Wahl gestellt, auf Grund des ihm vorliegenden Materials über das Gesuch zu entscheiden, ohne erst mündliche Verhandlung anzuberaumen, oder aber einen Termin zur mündlichen Verhandlung anzusetzen und bis dahin die Entscheidung in der Sache selbst zu verschieben. Welcher Gesichtspunkt dabei für das Gericht maßgebend sein soll, sagt das Gesetz nicht. Die Materialien zur Zivilprozeßordnung zeigen hierfür den richtigen Weg. Nach Lage des einzelnen Falles, heißt es in der Begründung des Entwurfes, steht es dem Gericht offen, sofort zu entscheiden, oder der Gegenpartei Gelegenheit zu geben, sich zu Protokoll oder mittels eines Schriftsatzes zu erklären oder eine mündliche Verhandlung anzuberaumen und dann erst zu entscheiden.[9]) Die Motive zu § 105[10]) der Zivilprozeßordnung sagen weiter, „stellen sich im einzelnen Falle Schwierigkeiten heraus, so kann das Gericht mündliche Verhandlung anordnen." Demnach wird es nach dem Standpunkt der Motive in besonders einfach liegenden Fällen nie zur Anordnung der fakultativen mündlichen Verhandlung kommen, vielmehr wird sie aufgespart werden für die verwickelt liegenden Sachen,[11]) bei denen sich das Gericht für die Richtigkeit seiner Entscheidung von einer gleichzeitigen Aussprache beider Parteien an Gerichtsstelle etwas verspricht. Die tatsäch-

9) Begründung des Entwurfes, bei Hahn S. 125.
10) Jetzt § 104.
11) Struckmann-Koch, Anm. zu § 573.

liche Übung in der Praxis ist denn auch den Motiven entsprechend.[12]) Als einziger Zweck der fakultativen mündlichen Verhandlung ergibt sich daraus: sie soll das dem Gericht bereits schriftlich vorliegende Material ergänzen, berichtigen, verdeutlichen.[13]) Mit anderen Worten, die fakultative mündliche Verhandlung dient lediglich dem größeren Informationsbedürfnis.[14])

Außer dem Zweck der fakultativen mündlichen Verhandlung ist weiter die Art ihrer Anordnung als durchaus abweichend von der der ordentlichen mündlichen Verhandlung hier in Betracht zu ziehen.

Bei letzterer erfolgt die Bestimmung des Termins durch den Vorsitzenden, § 216 Absatz 2. Und zwar hat die Partei regelmäßig Anspruch darauf, daß vom Vorsitzenden auf die zum Zwecke der Terminsbestimmung bei dem Gerichtsschreiber eingereichte Ladung binnen vierundzwanzig Stunden der Termin anberaumt wird, ohne[15]) daß das Gericht oder dessen Vorsitzender zuvor in eine materielle Prüfung des Schriftsatzes eintritt. In der bereits erwähnten Stelle der Motive heißt es, „stellen sich im einzelnen Falle Schwierigkeiten heraus, so kann das Gericht mündliche Verhandlung anordnen". Aus diesen Worten läßt sich nicht nur, wie eben geschehen, auf den Zweck der fakultativen mündlichen Verhandlung ein Schluß ziehen, es folgt daraus auch, daß die Vornahme der Verhandlung weder von der Partei noch von dem Vorsitzenden allein dem Gericht aufgenötigt werden kann, sondern immer einen dahingehenden Kollegialbeschluß voraussetzt.[16]) Während also bei der obligatorischen mündlichen Verhandlung der Termin durch eine Verfügung des Vorsitzenden festgesetzt wird, ist hier ein Gerichtsbeschluß erforderlich. Dieser Beschluß muß auf Grund der Akten gefaßt werden. Erst nach Prüfung des in den Akten enthaltenen Streitstoffes kann das

12) Vgl. Krech in Gruchot Bd. 26, S. 218.
13) Weismann Band I, S. 319.
14) Vgl. Hoffmann a. a. O. — Stein, Anm. V B zu § 128.
15) Begründung S. 158.
16) Hoffmann a. a. O. S. 736.

Gericht über die Zweckmäßigkeit eines Verhandlungstermins schlüssig werden. Denn liegt der Fall verhältnismäßig einfach, und glaubt das Gericht weiterer Unterlagen als der schriftlich vorhandenen nicht zu bedürfen, so wäre eine mündliche Verhandlung überflüssig,[17]) da ja ausdrücklich das Gesetz eine Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung gestattet.[18]) Das Gericht entscheidet demnach in diesem Falle nur auf Grund der Akten. Zieht es das Gericht dagegen vor, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, so hat es diese Anordnung in Form des erwähnten Beschlusses zu treffen. Für welchen von beiden Wegen sich das Gericht schließlich auch entscheidet, ein genaues Studium der Akten muß seiner Entschließung stets vorangehen.[19]) Angenommen nun, das Gericht habe die mündliche Verhandlung für angebracht gehalten und sie deshalb beschlossen. Fallen dann die Parteivorträge in der Verhandlung weniger ausführlich aus, so könnte es sich ereignen, daß das Gericht, statt weitere Information zu erlangen, auf Grund des mündlichen Parteivorbringens ein weit unvollständigeres Bild des Sachverhaltes erhielte, als es schon vorher aus den Akten gewonnen hatte. Und doch müßte das Gericht seine ursprüngliche Auffassung des Falles, wie sie sich aus den Akten ergab, zu vergessen suchen, es dürfte seine schon erworbene, eingehende Kenntnis der Sache nicht verwerten, sondern müßte ausschließlich die mündlichen Ausführungen der Parteien aus dem Verhandlungstermine seiner Entscheidung zugrunde legen.[20]) Darin liegt ein Widersinn. Der Einwurf, bei der obligatorischen mündlichen Verhandlung bestände dann ebenfalls ein solcher Zwiespalt, ist unzutreffend. Zwar kommt der Richter auch bei der obligatorischen mündlichen Verhandlung nicht unvorbereitet in den Termin. Auch in jenem Verfahren hat er sich bereits mit der Sache beschäftigt, aus der Klage zum mindesten weiß er regelmäßig, um was es sich bei der Verhandlung selbst handeln wird; im

17) Vgl. Unger, Rechtsmittel S. 74.
18) Rintelen, Zivilprozeß, Berlin 1891, § 63.
19) Hoffmann a. a. O., S. 736.
20) Nöldeke in Busch, Bd. 28, S. 439.

landgerichtlichen Verfahren liegen ihm sogar Schriftsätze der Parteien vor. Aber diese Schriftsätze sind nur vorbereitender Natur, sie werden im Gesetz ausdrücklich als „vorbereitende" bezeichnet, und dadurch ist dem Richter die Möglichkeit genommen, ihnen eine größere Bedeutung, als die eines Orientierungsmittels beizulegen.[21]) Alles Schriftliche ist in seinem Bestande abhängig von dem Vortrage in der mündlichen Verhandlung. Ohne mündliche Verhandlung wird die Klage, werden die Schriftsätze im ordentlichen Verfahren hinfällig, eine Entscheidung in der Sache selbst kann ohne mündliche Verhandlung nicht erfolgen. Anders in den Fällen der fakultativen mündlichen Verhandlung. Hier ist das in den Akten befindliche Material bereits Prozeßstoff geworden,[22]) die Schriftsätze haben hier nicht den Charakter der bloßen Vorbereitung der Verhandlung, sondern auf die Schriftsätze hin kann die Entscheidung sofort ergehen.[23]) Deshalb muß auch bei Anordnung der mündlichen Verhandlung das sonst dem Gerichte aktenmäßig zugängliche Material Berücksichtigung finden.[24])

Aber noch aus anderen Gründen rechtfertigt es sich, die fakultative mündliche Verhandlung nicht ohne weiteres den für die ordentliche mündliche Verhandlung geltenden Grundsätzen zu unterwerfen. Es ist, wie bereits erwähnt, in den Fällen der fakultativen mündlichen Verhandlung in das Ermessen des Gerichts gestellt, ob mündliche Verhandlung stattfinden soll. Die fakultative mündliche Verhandlung wird infolgedessen durch Gerichtsbeschluß angeordnet. Nun ist aber das Gericht an diesen Beschluß nicht gebunden. Denn § 318 bezieht sich nur auf Urteile, und § 329 dehnt die Vorschrift des § 318 nicht auf Beschlüsse aus. Wenn das Gericht, nachdem es sich zunächst für mündliche Verhandlung entschieden und sie daher durch Beschluß angeordnet hatte, zu der Überzeugung gelangt, es sei zweckdienlicher, ohne Verhandlung zu entscheiden, ist es also nicht

21) Hoffmann a. a. O., S. 736.
22) Hoffmann, ebenda.
23) Vgl. Nöldeke in Busch, Bd. 28, S. 439.
24) Vgl. Reincke, S. 138.

gehindert, die angeordnete mündliche Verhandlung zu widerrufen.[25])

Ebenso hat das Gericht die Befugnis, nach Abhaltung fakultativer mündlicher Verhandlung wieder zum schriftlichen Verkehr mit den Parteien überzugehen.[26]) Hieraus geht die innere Verschiedenheit der fakultativen mündlichen Verhandlung von der obligatorischen deutlich hervor.

Gegen die von Fischer vertretene Ansicht über die Natur der fakultativen mündlichen Verhandlung spricht schließlich auch die Tatsache, daß in einigen Fällen die Entscheidung von Amtswegen erlassen werden kann. So z. B. in den §§ 102, 126, 319 ZPO.; hier fällt es ganz besonders in die Augen, daß die Mündlichkeit nicht als allein relevante Form des Parteivorbringens betrachtet werden kann, denn wenn das Gericht von Amtswegen zu entscheiden befugt ist, so ist es selbstverständlich, daß der mündliche Vortrag der Parteien in der Verhandlung für das Gericht unerheblich ist und keinen Ausschlag gebenden Einfluß auf die gerichtliche Entscheidung zu haben braucht. Die entsprechende Anwendung des § 128 ist hier offenbar nicht durchführbar.[27]) Das müssen auch die Gegner der hier vertretenen Ansicht, die Anhänger der Fischer'schen Theorie, gelten lassen.[28]) Sie begnügen sich diesem ihnen unbequemen Beweismittel gegenüber mit dem Hinweise, es handele sich in diesen Fällen um Ausnahmen, die für die Beurteilung der übrigen Fälle nicht maßgebend sein könnten. Aber auch zugegeben, es handele sich hier um Ausnahmen, so kann das doch daran nichts ändern, daß die Bedeutung der fakultativen mündlichen Verhandlung in diesen Fällen der §§ 102 usw. eine andere ist, als die der obligatorischen mündlichen Verhandlung. Also auch die Fischer'sche Theorie entgeht nicht der mißlichen Annahme, das Gesetz habe mit dem einen Ausdruck „mündliche Verhandlung" verschiedene Bedeutungen verbunden.

---

25) Struckmann-Koch a. a. O., S. 151.
26) Vgl. Reincke S. 138.
27) Vgl. Petersen a. a. O., S 307. — Seuffert S. 224.
28) Struckmann-Koch und Förster a. a. O.

Als ein weiteres Argument dafür, daß die fakultative mündliche Verhandlung nicht mit demselben Maße wie die obligatorische gemessen werden darf, führt Seuffert[29]) mit Recht die Stelle der Motive an,[30]) die sich mit der Abweichung des ersten Entwurfes vom hannöverschen und norddeutschen Entwurfe, soweit die fakultative mündliche Verhandlung in Betracht kommt, beschäftigt.

Im hannöverschen und norddeutschen Entwurfe fand sich nämlich in unseren Fällen statt der von der Prozeßordnung beliebten Wendung „die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen" der Ausdruck „die Entscheidung kann in beratender Sitzung erfolgen" oder „erfolgt in beratender Sitzung". Schon im Entwurfe war dann an die Stelle der Fassung des hannöverschen und norddeutschen Entwurfes der eben wiedergegebene Satz „die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen" getreten. In der allgemeinen Begründung des Entwurfs[31]) gibt § 4 Aufschluß darüber, weshalb der Gesetzgeber die Fassung des hannöverschen und norddeutschen Entwurfes nicht in die Zivilprozeßordnung übernommen hat, nämlich weil der technische Ausdruck „Entscheidung in beratender Sitzung" nicht gemeinverständlich sei und auf einen Einzelrichter angewandt als gänzlich unpassend empfunden werden müsse. Weiter äußern sich die Motive in dieser Hinsicht nicht, es ist daher anzunehmen, daß die Änderung auch nichts Anderes bezweckt hat, als den unklaren Ausdruck zu beseitigen. Vor allem deutet nichts daraufhin, daß durch die aus bloß redaktionellen Gründen erfolgte Einfügung der Worte „mündliche Verhandlung" nun das ganze Verfahren in diesen Fällen den für das Verfahren bei obligatorischer mündlicher Verhandlung gegebenen Bestimmungen unterworfen sein sollte.

---

29) a. a. O., S. 203.
30) Zum Entwurf I, S. 218.
31) Seite 20, bei Hahn Seite 125.

§ 3. Fortsetzung. Anwendbarkeit der §§ 129 bis 165.

Die Stellung, die die übrigen Paragraphen des Titels „Mündliche Verhandlung", die §§ 129 bis 165, der fakultativen mündlichen Verhandlung gegenüber einnehmen, gestaltet sich wesentlich einfacher als die des § 128.

Die Bestimmungen dieser Paragraphen beziehen sich auf die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, deren Gang und Leitung, sowie auf das Sitzungsprotokoll. Während der erste Paragraph des Titels den Grundsatz der Mündlichkeit der Verhandlung aufstellt und von der Bedeutung handelt, die der mündlichen Verhandlung im ordentlichen Verfahren verliehen ist, beschäftigen sich die folgenden Paragraphen mit dem innern Ausbau jener Verhandlung. Die Verschiedenheit beider Verhandlungsarten brachte es mit sich, daß der fakultativen mündlichen Verhandlung nicht die gleiche Bedeutung wie der ordentlichen mündlichen Verhandlung für das Verfahren zugesprochen werden konnte und mithin die entsprechende Anwendung des § 128 auf die fakultative mündliche Verhandlung für ausgeschlossen erklärt werden mußte. Anders verhält es sich dagegen mit den für die Hauptverhandlung gegebenen Vorschriften der §§ 129 bis 165.[1]) Deren entsprechender Anwendung[2]) auf die fakultative mündliche Verhandlung stehen die grundsätzlichen inneren Verschiedenheiten beider Verhandlungsarten nicht entgegen. So greift z. B. auch § 138 Platz,[3]) wonach jede Partei in der mündlichen Verhandlung sich über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären hat (Abs. 1). Auch hier sind ferner nach Absatz 2 Tatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht. Jedoch müssen hier, im Gegensatz zur obligatorischen mündlichen Verhandlung, als derartige „übrige Erklärungen" nicht nur die im Termine mündlich abgegebenen berücksichtigt

1) Nöldeke in Busch, Bd. 28, S. 440. — Stein, Anm. V B 3 zu § 128.

2) Hoffmann a. a. O. Seite 737.

3) Seuffert, Anm. zu § 128.

werden, sondern auch die in den Akten enthaltenen Äußerungen der Partei sind bei der Auslegung des Schweigens der Partei vom Gericht heranzuziehen. Wollte man den Begriff „Erklärungen" nur auf die in der mündlichen Verhandlung getanen Äußerungen der Partei beziehen, so würde dadurch die Verhandlung eine Bedeutung erlangen, die zu der rein informatorischen Natur der fakultativen mündlichen Verhandlung im Widerspruch stände. Denn wie nach den obigen Darlegungen es das Wesen der fakultativen mündlichen Verhandlung überhaupt mit sich bringt, daß das Gericht nach Abhaltung des Termins keineswegs auf das mündlich Verhandelte beschränkt ist, vielmehr beim Fällen der Entscheidung nach wie vor das bereits in den Akten vorhandene Material verwerten kann,[4]) so ist es auch nicht ausgeschlossen, daß noch neue Unterlagen für die Entscheidung nach stattgehabter mündlicher Verhandlung auf schriftlichem Wege von den Parteien eingefordert werden, wenn sich nachträglich das Bedürfnis nach einer weiteren Information herausstellt.[5])

Diejenigen Paragraphen des ersten Titels, die über die Vorbereitung der Hauptverhandlung durch Schriftsätze Bestimmung treffen, werden allerdings von der Anwendung auf die fakultative mündliche Verhandlung ausgeschlossen bleiben müssen.[6]) Denn erstens ist es fraglich, ob in unseren Fällen überhaupt Schriftsätze zu wechseln sind. Da es doch dem Gericht freisteht, auf einseitigen Antrag zu entscheiden, erweist es sich als überflüssig, dem Antragsgegner vorher einen Schriftsatz zuzustellen. Die Motive[7]) teilen allerdings anscheinend diesen Standpunkt nicht, jedoch mit Rücksicht auf das Wesen der fakultativen mündlichen Verhandlung erscheint es unbedenklich, im Widerspruch mit den Motiven die Notwendigkeit eines Schriftenwechsels zwischen den Parteien zu verneinen. Weiter ist dabei zu erwägen, daß hier, wenn Schriftsätze gewechselt werden,

4) Weismann, S. 319. Falkmann, § 26, S. 312. Petersen, Anm. 4 zu § 128. Stein, Anm. V B zu § 128.

5) Seuffert, Anm. 5 zu § 128. Stein, § 128.

6) Nöldeke in Busch, Bd. 28, S. 440.

7) Begründung des Entwurfs § 10, S. 38, bei Hahn S. 138.

diese einen anderen Charakter haben, als die bei der ordentlichen mündlichen Verhandlung.[8]) Auf die Schriftsätze kann die Entscheidung sofort ergehen, demnach sind sie nicht nur vorbereitender Natur, wie die der §§ 129 ff.

Namentlich muß dies für das Gesuch gelten, das das Verfahren einleitet. Über die Form dieses Gesuches enthält die Zivilprozeßordnung im Allgemeinen keine Vorschriften; nur in einigen Fällen ist es vom Gesetz gestattet, das Gesuch zu Protokoll des Gerichtsschreibers zu erklären. Und zwar ist diese Möglichkeit ausdrücklich vorgesehen in den §§ 44, 109, 248, 406, 573, 715 und 947. Auch das in § 37 erwähnte Gesuch wird rechtswirksam durch protokollarische Erklärung vor dem Gerichtsschreiber gestellt. Hier hebt es das Gesetz zwar nicht wie in den eben angeführten Fällen hervor, daß diese Protokollerklärung zulässig ist, aber da keine Form für das Gesuch vorgeschrieben ist, genügt jede prozessualisch mögliche Form, denn das Gesuch wendet sich nicht an das Prozeßgericht.[9]) In allen übrigen Fällen ist das Gesuch nach den allgemeinen Grundsätzen des Gesetzes zu behandeln; es ist schriftlich zu stellen durch einen an das Gericht gerichteten Schriftsatz.[10]) Es wird kaum etwas dagegen einzuwenden sein, wenn eine Anlehnung des Gesuches an die Formen des § 130 für zweckmäßig erachtet wird, wie es von Hoffmann[11]) geschieht.

Die übrigen Paragraphen des hier in Rede stehenden Titels finden, wie schon erwähnt, auf die fakultative mündliche Verhandlung entsprechende Anwendung.[12]) Dabei ist zu erwähnen, daß in dem gemäß § 159 aufzunehmenden Sitzungsprotokolle auch die Angabe enthalten sein muß, ob öffentlich verhandelt oder die Öffentlichkeit ausgeschlossen ist, denn unbestrittenermaßen gelten hier die Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes über die

---

8) Nöldeke a. a. O.

9) Stein, Anm. I zu § 37.

10) Stein, Anm. V zu § 128.

11) A. a. O. S. 738.

12) Nöldeke a. a. O. S. 440. Seuffert, Anm. 5 zu § 128. Stein, § 128.

Öffentlichkeit der Verhandlung,[13]) ebenso wie die über die Sitzungspolizei.[14]) [15])

§ 4. Das Ladungswesen.

In den Fällen der fakultativen mündlichen Verhandlung trifft, wie dargetan ist, ein Gerichtsbeschluß die Entscheidung darüber, ob mündliche Verhandlung angeordnet werden soll oder nicht. Beschließt das Gericht mündliche Verhandlung, so ist dieser Beschluß von Amtswegen beiden Teilen gemäß § 329 Absatz 3 zuzustellen.[1]) Auf diese Weise wird der Antragsteller davon in Kenntnis gesetzt, daß erst nach vorgängiger mündlicher Verhandlung über seinen Antrag entschieden werden soll, der Antragsgegner erfährt dadurch, daß ein gegen ihn gerichteter Antrag gestellt worden ist, und das Gericht in dieser Sache einen Termin abzuhalten gedenkt. Zu den Terminen des Verfahrens, bei dem die mündliche Verhandlung obligatorisch ist, ist nach §§ 214 ff. im kollegialgerichtlichen Verfahren grundsätzlich eine Ladung erforderlich, sofern nicht die Termine in verkündeten Entscheidungen bestimmt sind. Und zwar hat gemäß § 214 Absatz 1 die Ladung zum Termin durch die Partei zu erfolgen, die über die Hauptsache oder einen Zwischenstreit verhandeln will. Diese Vorschriften halten Struckmann-Koch,[2]) Fischer[3]) und Andere[4]) auch bei der fakultativen mündlichen Verhandlung für maßgebend. Der Struckmann-Koch'sche Kommentar vertritt die Ansicht,[5]) daß der Antragsteller gemäß §§ 214, 216 die Ladung zu bewirken habe, sobald der die mündliche Verhandlung anordnende, nicht verkündete Gerichtsbeschluß zuge-

---

13) §§ 170ff.
14) 177ff.
15) Petersen a. a. O. S. 317 und die Kommentare.
1) Struckmann-Koch, Anm. zu § 128. — Stein, ebenda.
2) Note 4 zu § 133.
3) a. a. O., S. 647.
4) Förster, S. 199. — Meyer, Prozeßpraxis, S. 180.
5) Note 4 zu § 133.

stellt worden ist.[6]) Begründet wird diese Auffassung damit, daß in betreff der Terminsbestimmung und Ladung bei der fakultativen mündlichen Verhandlung eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen nicht vorgeschrieben sei.[7])

Allerdings hat nun die Prozeßordnung eine solche Ausnahme nicht angeordnet, andererseits ist aber eine Abweichung von den allgemeinen Vorschriften hinsichtlich der Terminsbestimmung und Ladung für das Verfahren bei fakultativer mündlicher Verhandlung auch nicht untersagt, ja sie erscheint aus dem Wesen der fakultativen mündlichen Verhandlung heraus geradezu geboten. Erachtet man nämlich eine Ladung zum Termin seitens des Antragstellers nach Zustellung des Beschlusses über Anordnung der mündlichen Verhandlung für erforderlich, so wird dadurch das sich anschließende Verfahren gänzlich dem Parteibetriebe unterworfen. Beliebt es dem Antragsteller nicht, den Antragsgegner zu laden, so hat das Gericht keine Möglichkeit, die für erforderlich erachtete mündliche Verhandlung nun auch wirklich abzuhalten. Auf diese Weise könnten die Parteien[8]) die Absicht des Gerichts, nur nach mündlicher Verhandlung zu entscheiden, aber auch in solchen Fällen vereiteln, in denen von Amtswegen vorzugehen ist, wie in den Fällen des § 102, des § 126, soweit es sich um Entziehung des Armenrechts oder Nachzahlung handelt, und des § 319. In diesen Fällen müßten also Struckmann-Koch, Fischer und Meyer wieder Ausnahmen von ihrer Regel machen, da hier das Verfahren unmöglich vom Parteibetriebe abhängig sein kann.[9]) Das geben Struckmann-Koch auch zu, meinen aber,[10]) eine Zustellung von Amtswegen sei hier um deswillen zulässig, weil es sich um von Amtswegen zu erlassende Beschlüsse handele, ganz abgesehen davon, daß in diesen Fällen das Gericht kaum je von der Anordnung einer mündlichen Verhandlung Gebrauch machen werde.

---

6) Ebenso Fischer a. a. O., S. 651.
7) Anm. zu § 128.
8) Petersen, Anm. 11a zu § 128.
9) Seuffert, Anm. 5 zu § 128.
10) Note 4 zu § 133.

Wenn nun Struckmann-Koch den Parteibetrieb in betreff der Ladung für das Verfahren bei fakultativer mündlicher Verhandlung überhaupt in Geltung wissen wollen, weil eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln nicht vorgeschrieben sei, so ist ihnen hier entgegenzuhalten, daß auch für die Fälle der §§ 102, 126 und 139 eine Ausnahme von den sonst bei der fakultativen oder obligatorischen mündlichen Verhandlung geltenden Regeln nicht vorgeschrieben ist, daß sie aber hier trotzdem eine Ausnahme zulassen müssen, da hier der Parteibetrieb offenbar nicht paßt. Wenn nun auch nicht so in die Augen fallend, wie bei den eben angeführten Paragraphen, so ergibt sich doch auch in den übrigen Fällen der fakultativen mündlichen Verhandlung die Unzweckmäßigkeit einer Ladung im Parteibetriebe. Denn mit dem Charakter dieser Verhandlungsart läßt es sich überhaupt nicht in Einklang bringen, nach Anordnung der mündlichen Verhandlung es in den Willen der Parteien zu stellen, ob sie einen Termin für die mündliche Verhandlung haben wollen.[11])

Auch der Wortlaut des die Parteiladung für die obligatorische mündliche Verhandlung festsetzenden § 214 spricht gegen die Anwendbarkeit dieses Paragraphen auf die fakultative mündliche Verhandlung. Nach § 214 hat Parteiladung zu erfolgen, wenn eine Partei mündlich verhandeln „will“,[12]) wenn also die Initiative zur mündlichen Verhandlung von der Partei ausgeht. Bei der fakultativen mündlichen Verhandlung ist jedoch der Wille der Partei, zu verhandeln, ganz ohne Einfluß. Das Gericht beschließt auf das Gesuch hin über die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, nur sein Wille ist maßgebend dafür, ob überhaupt über das Gesuch mündlich verhandelt werden soll. Deshalb muß auch das Gericht die Sache, sobald es sich damit befaßt hat, unbekümmert um den Willen der Parteien und ohne eine etwa erfolgende Parteiladung abzuwarten oder abwarten zu müssen, zu Ende führen; es muß von Amtswegen vorgehen.

Ebenso wie die dem Beschluß nachfolgende Parteiladung ist auch die — an sich denkbare — in das erste Gesuch gleich mit

11) Nöldeke in Busch, Bd. 28, S. 441 und 442.

12) Nöldeke a. a. O., S. 441, 442. — Stein, § 128.

aufgenommene Ladung seitens des Antragstellers bei der fakultativen mündlichen Verhandlung nicht am Platze. Könnte die Partei (vielleicht in der Annahme, das Gericht werde mündliche Verhandlung anordnen,) ohne vorgängigen Beschluß des Gerichts über Anordnung einer mündlichen Verhandlung nach § 214 laden, so müßte der Vorsitzende binnen vierundzwanzig Stunden Termin anberaumen. Außer dieser Terminsbestimmung des Vorsitzenden wäre aber ein Gerichtsbeschluß erforderlich über die Notwendigkeit der Anberaumung einer das Gesuch betreffenden mündlichen Verhandlung. Sollte diese Beschlußfassung des Gerichts der Terminsbestimmung durch den Vorsitzenden voraufgehen, so müßte sie binnen vierundzwanzig Stunden nach Eingang des Gesuchs erfolgen. Einer sólchen Beschleunigung der materiellen Prüfung des Gesuchs durch das Gericht stellen sich jedoch praktische Schwierigkeiten in allen vor den Landgerichten und den Gerichten höherer Instanz zu verhandelnden Sachen entgegen, da das Kollegium nicht ständig versammelt ist. Diesem Hindernis wäre auszuweichen möglich, indem man den Vorsitzenden für befugt erachtet, ohne sich erst mit dem Kollegium zu beraten, in den Fällen einen Termin anzuberaumen, in denen es ihm angebracht erscheint, und dann erst nachträglich die Zustimmung der anderen in Betracht kommenden Richter einzuholen und so den erforderlichen Beschluß herbeizuführen. Ein solches Verfahren erscheint jedoch nicht einwandfrei, da die anderen Richter dann, anstatt mit dem Vorsitzenden zusammen zu beraten, nur noch nachträglich zu der bereits durch die Terminsbestimmung bekundeten Ansicht des Vorsitzenden Stellung zu nehmen hätten. Verneint man das Recht des Vorsitzenden, unter den eingehenden Gesuchen von vornherein eine Auswahl betreffend die Terminsbestimmung vorzunehmen, so kommt man zu dem Ergebnis, daß der Vorsitzende auf alle mit Ladung eingehende Gesuche in unsern Fällen gemäß § 216 binnen vierundzwanzig Stunden Termin anberaumen muß, zu dem der Antragsteller zu laden hat, während das Gericht trotzdem nachträglich beschließen kann, daß die betreffende Sache ohne mündliche Verhandlung entschieden werden solle und es dem Antragsteller in die durch die

Ladung verursachten Mehrkosten verurteilen kann. Auf diesem Standpunkte stehen Struckmann-Koch, die neben der als Regelfall gedachten nachträglichen Parteiladung, die infolge des Gerichtsbeschlusses über Anberaumung einer fakultativen mündlichen Verhandlung ergeht, auch die Möglichkeit und Rechtsbeständigkeit einer in das Gesuch aufgenommenen Ladung des Antragstellers anerkennen.[13]) Fortenbach vertritt zwar die Ansicht,[14]) daß in unseren Fällen überhaupt keine Parteiladung stattzufinden habe, aber wenn nun einmal eine Ladung seitens des Antragstellers in das Gesuch aufgenommen ist, dann ist sie nach seiner Meinung beachtlich, der Vorsitzende darf sie dann nicht einfach ignorieren. Fortenbach hält also in Übereinstimmung mit Struckmann-Koch den Vorsitzenden nicht für berechtigt, bei der fakultativen mündlichen Verhandlung die nachgesuchte Terminsbestimmung zu verweigern, er billigt aber dem Gericht das Recht zu, trotzdem ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden. Der Termin bleibt zwar bestehen, jedoch „ist das Gericht im Termin befugt, die Verhandlung auf die Berechtigung der Partei, welche geladen hat, zur Ladung zu beschränken und derselben, wenn ihre Berechtigung verneint wird, die Tagfahrtskosten aufzuerlegen".[15]) Fortenbach kommt zu dieser Theorie, indem er den Willen der Partei, zu verhandeln, betont. Wie schon erwähnt, kommt es jedoch bei der fakultativen mündlichen Verhandlung nicht auf den Willen der Partei, die ladet, an, sondern, wie sich aus dem Gesetz ergibt, ausschließlich auf den Willen des Gerichts. Deshalb kann die Partei durch Aufnahme der Ladung in das Gesuch eine mündliche Verhandlung nicht erzwingen.[16]) Eine derartige Ladung ist unwirksam, da noch kein Beschluß des Gerichts vorliegt, daß mündliche Verhandlung stattzufinden habe.[17]) Eine Ladung vor dem Beschluß über Anordnung der mündlichen Verhandlung würde sich als

13) Struckmann-Koch, Anm. zu § 128.
14) In Busch, Bd. 8, S. 158.
15) Fortenbach a. a. O., S. 159. — Vgl. Struckmann-Koch S. 151.
16) Eccius in Gruchot, Bd. 29, S. 18, 19.
17) Nöldeke a. a. O., S. 441.

eine Ladung zu einer mündlichen Verhandlung darstellen, die das Gesetz nicht kennt, und sie könnte auch durch die Terminsbestimmung seitens des Vorsitzenden nicht zu einer wirksamen Ladung gemacht werden.[18])

Bisher war der Nachdruck darauf gelegt, daß § 214 die Ladung der Partei regelt, die mündlich verhandeln will, und da bei der fakultativen mündlichen Verhandlung ein solcher Wille der Partei unerheblich ist, so war daraus auf die Unanwendbarkeit des § 214 auf unsere Fälle geschlossen. Aber auch noch in anderer Hinsicht ergibt der Wortlaut dieses Paragraphen, daß seine Vorschriften über die Parteiladung die fakultative mündliche Verhandlung nicht treffen. Der § 214 beschränkt nämlich die Notwendigkeit der Parteiladung ausdrücklich auf die Termine, in denen über die Hauptsache oder über einen Zwischenstreit verhandelt werden soll. In unsern Fällen steht eine Verhandlung zur Hauptsache nirgends in Frage, und auch von Zwischenstreitigkeiten im Sinne des § 214 kann man kaum sprechen, wenn z. B. in §§ 104, 490 u. a. das Verfahren nicht mehr oder noch nicht anhängig ist.[19])

Kommt man so zu dem Ergebnis, daß das Gericht, wenn es mündliche Verhandlung beschlossen hat, den Fortgang des Verfahrens nicht den Parteien überlassen darf, daß somit eine Parteiladung ausgeschlossen ist, so fragt es sich weiter, wie ein Ruhen des Verfahrens vermieden, wie seine Fortsetzung von Amtswegen erreicht werden kann? Durch eine Ladung von Amtswegen? Vereinzelt wird eine förmliche Offizialladung gefordert.[20]) So halten Fitting und Fortenbach eine Ladung von Amtswegen für angebracht.[21]) Fitting folgert ihre Notwendigkeit aus der für das Gericht bestehenden Verpflichtung, für die Erledigung der einmal anhängig gemachten Sache und mithin für die Veranlassung der dazu erforderlichen Schritte von Amts-

---

18) Eccius a. a. O., S. 18 und 19.

19) Hoffmann a. a. O., S. 739.

20) Schmidt, Lehrbuch, S. 401.

21) Fitting, Lehrbuch § 44 Note 16. — Fortenbach a. a. O. S. 154.

wegen zu sorgen. Hoffmann[22]) will die Ladung von Amtswegen bewirkt wissen. Er kommt zu dem Schlusse, das Gericht habe mit dem Beschlusse Terminsbestimmung zu verbinden und „in dieser Gestalt" selbst die Ladung zu übernehmen. Es ist keine förmliche Offizialladung, die er verlangt,[23]) sondern er geht offenbar vielmehr darauf aus, daß mit dem Beschlusse, der die mündliche Verhandlung anordnet, zugleich vom Vorsitzenden der Termin zu bestimmen und dann der die Terminsbestimmung enthaltende Beschluß den Beteiligten zuzustellen sei.[24]) Weiter tritt er dafür ein, daß die Ladungsfrist des § 217 nicht innegehalten zu werden braucht.[25]) Die eben erwähnte Zustellung des mit der Terminsbestimmung versehenen Gerichtsbeschlusses würde folgendes Verfahren ergeben: Der erste Beschluß des Gerichts auf das Gesuch hin ist in unseren Fällen ein ohne mündliche Verhandlung ergehender.[26]) Das Gericht kann sofort entscheiden oder aber mündliche Verhandlung anordnen. Auf jeden Fall muß der Beschluß, da er nicht verkündet werden kann, den Parteien von Amtswegen gemäß § 329 Absatz 3 zugestellt werden.[27]) Ordnet das Gericht demnach mündliche Verhandlung an, so werden die Parteien, sowohl Antragsteller wie Antragsgegner, durch die Zustellung in den Besitz des Beschlusses gesetzt. Wenn nun, bevor der Beschluß hinausgeht, vom Vorsitzenden der Termin für die mündliche Verhandlung von Amtswegen bestimmt, diese Terminsbestimmung auf das zuzustellende Schriftstück gesetzt und dergestalt mit dem Beschluß verbunden wird, so erhalten die Parteien durch die Zustellung gleichzeitig Kenntnis von der Anberaumung der mündlichen Verhandlung und von dem für die letztere bestimmten Termine. — Daß der Termin von Amtswegen bestimmt werden kann und muß, daß nicht erst

---

22) a. a. O. S. 739.

23) Wie Struckmann-Koch (Anm. 4 zu § 133) diese Stelle irrtümlich auslegen.

24) Vgl. Stein, Anm. V B zu § 128.

25) a. a. O., S. 741.

26) Eccius a. a. O., S. 18, 19, Anm. 22.

27) Struckmann-Koch, Note 4 zu § 133. — Nöldeke a. a. O., S. 441.

Parteiladung abgewartet zu werden braucht, ist bereits erörtert. Es handelt sich demnach jetzt bloß darum, ob das eben besprochene Verfahren ausreicht.

Diese Frage ist zu bejahen. Das läßt sich aus § 218 folgern. § 218 gemäß ist zu Terminen, die in verkündeten Entscheidungen bestimmt sind, eine Ladung der Parteien nicht erforderlich. Erwägt man nun, daß bei der Verkündung einer Entscheidung die Parteien gar nicht anwesend zu sein brauchen, also häufig unmittelbar gar keine Kenntnis von der Entscheidung erhalten werden, so wird man zu dem Schlusse gelangen, daß dann eine Ladung der Parteien erstrecht entbehrlich erscheint, wenn die Terminsbestimmung der Parteien mit dem Beschlusse von Amtswegen zugestellt worden ist.[28]) Denn die von Amtswegen zugestellte Entscheidung erhalten die Parteien ebenso wie die Ladung.[29]) Die Sicherheit der Benachrichtigung der Parteien vom Termine ist also durch die Zustellung des Beschlusses in demselben Maße gewährleistet, wie durch eine Ladung von Amtswegen. Aber auch die anderen Funktionen der Ladung werden durch die einfache Zustellung des Beschlusses erreicht, ohne daß es hier der Ladungsformalien bedürfte.[30]) — Eine formelle Ladung erscheint somit in unseren Fällen überflüssig, da den Parteien in der mündlichen Verhandlung nur Gelegenheit zu ihren Ausführungen gegeben werden soll, während sich an die Terminsversäumung Rechtsnachteile nicht knüpfen.[31]) Der Ladung könnte also eine entsprechende Bedeutung wie sie ihr bei der obligatorischen mündlichen Verhandlung wegen des Versäumnisverfahrens zukommt, nicht beigemessen werden, da hier ein Versäumnisverfahren, wie später darzutun ist, nicht existiert.[32]) Auch die bei einer Ladung zu beachtenden Fristen der Prozeßordnung leiden auf die fakultative mündliche Verhandlung keine

---

28) Vgl. Stein, Anm. III vor § 214.
29) Nöldeke a. a. O., S. 442.
30) Seuffert § 128.
31) Eccius a. a. O., S. 18, 19.
32) Nöldeke a. a. O., S. 442.

Anwendung,[33]) da ebensowenig auf eine Einlassungsfrist (wegen der Klagebeantwortung) Rücksicht zu nehmen ist, wie auf die Ladungsfrist des § 214.[34]) Letzteres ergibt sich bei den noch nicht anhängigen Sachen von selbst, für die anhängigen Sachen folgt die Überflüssigkeit der Wahrung einer Ladungsfrist aus der Natur der fakultativen mündlichen Verhandlung, da es doch dem Gericht freisteht, ohne Einhaltung einer Frist — gegebenenfalls allerdings erst nach vorgängigem Gehör des Antragsgegners — sofort zu entscheiden.

Durch die ohne Einhaltung der Ladungsformalien bewirkte Zustellung[35]) des mit der Terminsbestimmung versehenen Beschlusses über die Anordnung der mündlichen Verhandlung wird also eine der fakultativen mündlichen Verhandlung entsprechende Benachrichtigung der Parteien vom Termine vollkommen erreicht. Von einer Ladung von Amtswegen ist deshalb, da sie vom Gesetz für diese Fälle nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, abzusehen.[36])

Für das Verfahren vor den Amtsgerichten ist dabei auf folgende Besonderheiten Rücksicht zu nehmen.

Im Anwaltsprozeß bildet gemäß § 214 die Parteiladung die Regel. Für das Verfahren mit fakultativer mündlicher Verhandlung mußte da aus den eben angeführten Gründen eine Ausnahme von dieser Regel gemacht werden. § 497 schreibt nun für das Verfahren vor den Amtsgerichten vor, daß Ladungen durch die Parteien nicht stattfinden. Hier ist es demnach nicht erforderlich, unserer Verhandlungsart in dieser Richtung eine Ausnahmestellung einzuräumen. Aber auch weiter hat das Verfahren bei fakultativer mündlicher Verhandlung, soweit es sich vor den Amtsgerichten abspielt, der in § 497 aufgestellten Regel zu folgen; nach Bestimmung des Termins von Amtswegen ist auch hier die Ladung der Parteien durch den Gerichtsschreiber

---

33) Hoffmann a. a. O., S. 741.

34) Anderer Meinung: Fischer, S. 683, Anm. 48, Struckmann-Koch Seite 151.

35) Petersen, Anm. 5 zu § 128.

36) Vgl. Weismann, Lehrbuch S. 319.

zu veranlassen. Denn ist im kollegialgerichtlichen Verfahren bei fakultativer mündlicher Verhandlung von der Ladung von Amtswegen Abstand zu nehmen, weil sie weder vom Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben, noch durch die Besonderheit der Verhandlungsart geboten ist, so trifft der letztere Grund allerdings bei dem Verfahren vor den Amtsgerichten auch zu, aber er kann nicht bestimmend dafür sein, die Parteien von der Anberaumung eines Termins zur fakultativen mündlichen Verhandlung in anderer Weise in Kenntnis zu setzen, als wie es § 497 für die obligatorische mündliche Verhandlung vorschreibt. Wollte man die fakultative mündliche Verhandlung vor den Amtsgerichten in dieser Hinsicht denselben Bestimmungen unterwerfen,[37]) die als maßgebend für das kollegialgerichtliche Verfahren oben angegeben sind, so müßte man ohne zwingenden Grund vom Gesetz abweichen.

§ 5. Der Anwaltszwang.

Wie § 78 der Zivilprozeßordnung bestimmt, müssen vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz die Parteien sich durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen (Anwaltsprozeß). Durch diese Vorschrift wird das Verfahren vor den Kollegialgerichten dem Anwaltszwange unterworfen.

Auch auf die fakultative mündliche Verhandlung ist dieser Grundsatz unbedenklich anzuwenden, denn eine Ausnahme ist nur in § 573 Absatz 2 angeordnet worden.[1]) Allerdings wird man nicht sagen können, daß diese Ausdehnung des Anwaltszwanges auch auf die fakultative mündliche Verhandlung eine Folge von deren informatorischer Natur sei.[2]) Denn gerade diese Eigenschaft unserer Verhandlungsart bedingt manche Abweichun-

37) So Stein Anm. V B 1 zu § 380 und vor § 214.

1) Stein § 128, Anm. V B. — Seuffert Bd. I, S. 203. — Petersen a. a. O. Anm. IV zu § 128. — Struckmann-Koch S. 151.

2) Vgl. Gaupp-Stein, 9. Auflage, wo der einleitende Satz: „Aus dieser bloß informatorischen Natur der Verhandlung folgt", der sich noch in der 4. Auflage fand, weggefallen ist. (§ 128 Anm. V, B.).

gen von den Vorschriften des ordentlichen Verfahrens,[3]) und zwar ist das dann der Fall, wenn sich die für die obligatorische mündliche Verhandlung gegebenen Vorschriften mit dem Wesen der fakultativen mündlichen Verhandlung nicht vereinigen lassen. Soweit jedoch der Anwaltszwang in Betracht kommt, ist eine solche Abweichung nicht geboten und infolgedessen auch nicht zulässig. Sofern sich also die fakultative mündliche Verhandlung vor einem Kollegialgerichte abspielt, ist sie trotz ihres nur informatorischen Charakters von dem Anwaltszwange beherrscht.

Die Vorschrift des § 78 bezieht sich aber nicht nur auf die mündliche Verhandlung selbst, sondern auch auf das gesamte übrige Verfahren vor den Kollegialgerichten. In den Fällen der fakultativen mündlichen Verhandlung würde sie also besonders auf das Gesuch, mit dem das Verfahren regelmäßig eingeleitet wird, Anwendung zu finden haben. Die Fälle, in denen dieses Gesuch zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden kann,[4]) nehmen eine Sonderstellung ein, soweit der Anwaltszwang in Betracht kommt. Nämlich auch wenn hier das Gesuch nicht zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt, sondern in Form eines Schriftsatzes angebracht wird, so ist es dabei doch nicht erforderlich, daß ein Rechtsanwalt die Partei vertritt, das heißt in diesem Falle, das Gesuch unterzeichnet, § 78 Absatz 2. Abgesehen von diesen Ausnahmefällen des § 78 Absatz 2 besteht also für das Gesuch, sobald es sich an ein Kollegialgericht richtet, der Anwaltszwang, ein bei dem Gericht zugelassener Rechtsanwalt muß den Gesuchsteller vertreten und das Gesuch unterzeichnen.[5]) Und zwar muß das Gesuch in diesen Fällen die eigenhändige Unterschrift des Rechtsanwalts tragen,[6]) wie auch die Gesuche, die an das Amtsgericht gerichtet sind, der Antragsteller eigenhändig unterzeichnen muß. Das folgt aus der Natur

---

3) Z. B. bei der Ladung.

4) Die bei Besprechung des Gesuchs bereits aufgezählten §§ 44, 109, 248, 406, 573, 715, 947.

5) Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 27, S. 406.

6) Ebenda, Bd. 31, S. 377.

des Gesuches, aus seiner Eigenschaft als nicht nur vorbereitender Schriftsatz, der sich direkt an das Gericht richtet.[7])

Die Notwendigkeit der Anwaltsvertretung der bei dem sich an das Gesuch anschließenden Verfahren beteiligten Personen wird sehr verschieden beurteilt, Seuffert[8]) unterscheidet hierbei zwei Arten von Verfahren, und zwar je nach der Art des einleitenden Gesuches. Ist für das Gesuch die Mitwirkung eines Rechtsanwalts wesentlich, so nimmt er auch für das sich anschließende Verfahren das Bestehen des Anwaltszwanges an. In den Fällen jedoch, in denen das Gesuch zu Protokoll des Gerichtsschreibers und infolgedessen, wie wir gesehen haben, auch schriftlich ohne Vermittlung eines Rechtsanwaltes an das Gericht gerichtet werden kann, hält er es auch nicht für erforderlich, daß ein Rechtsanwalt die Sache in der mündlichen Verhandlung vertritt. Nach der Ansicht Seuffert's ist also in diesem letzteren Falle nicht nur das Gesuch von dem Anwaltszwange befreit, sondern es sind es auch die sämtlichen im weiteren Verlaufe des Verfahrens erforderlich werdenden Prozeßhandlungen. Zumal für die Erklärungen des Gegners will er dieselbe Form als möglich anerkannt wissen, in der das Gesuch gestellt werden kann.[9]) Diese Auffassung steht jedoch nicht im Einklange mit dem Absatz 2 des § 78, der ausdrücklich von dem Anwaltszwange nur diejenigen einzelnen Prozeßhandlungen ausnimmt, die vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können.[10]) Unter derartigen Prozeßhandlungen können jedoch die Parteivorträge in der mündlichen Verhandlung selbst nicht verstanden werden. Denn wenn in einigen Fällen das Gesuch zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden darf, so besteht diese Ausnahme eben nur für das Gesuch und läßt sich nicht auf das übrige Verfahren ausdehnen.[11]) Es bleibt sich also für das Verfahren im Verhandlungstermin gleich, ob das einleitende Ge-

---

7) Stein, § 128.
8) a. a. O., S. 203.
9) a. a. O., § 104, Anm. 3.
10) Begründung des Entwurfs S. 99, bei Hahn S. 187.
11) Stein, Anm. IV, 1 zu § 78.

such zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden konnte.[12]) Diese letzte Ansicht verdient um so mehr den Vorzug vor der von Seuffert vertretenen, als sie sich auf den Wortlaut des Gesetzes stützt, während Seuffert nur folgert, „was für das Gesuch gilt, muß auch für das weitere Verfahren in der Instanz gelten“,[13]) ohne jedoch anzugeben, wie er zur Aufstellung dieses Satzes kommt. Seuffert steht denn auch mit seiner Meinung ziemlich vereinzelt da.[14]) Die große Mehrzahl der Schriftsteller[15]) und die Rechtsprechung des Reichsgerichts[16]) nimmt das Bestehen des Anwaltszwanges im Verfahren vor den Kollegialgerichten auch für die fakultative mündliche Verhandlung an und zwar ohne Rücksicht auf die Form des einleitenden Gesuches. Wenn nun auch anerkannt wird, daß von einer mündlichen Verhandlung nicht die Rede sein kann, wenn beim landgerichtlichen Verfahren[17]) im Termin eine Partei persönlich ohne einen Rechtsanwalt erscheint, so ist doch verschiedentlich die Ansicht vertreten, daß diese Partei dann im Termine trotzdem gehört werden könne.[18]) Nöldeke meint, „es stehe nichts im Wege, daß das Gericht die erschienene Partei persönlich vernehme, wie es in jedem Stadium des Prozesses die Partei zur Aufklärung des Sachverhalts hören kann.“ Auch Hoffmann[19]) betont die für das Gericht bestehende Möglichkeit, eine in dem Verhandlungstermin ohne Rechtsanwalt erschienene Partei zu hören. Und zwar erachtet er das Kollegium nicht für behindert, wenn der Gesuchsteller ohne Anwalt erscheint, eine mündliche Erklärung der Partei selbst anzuhören oder deren Aufnahme zu Protokoll des Gerichtsschreibers anzuordnen, wenn es eine

12) Struckmann-Koch a. a. O., S. 151.

13) Zivilprozeßordnung § 98, Anm. 4.

14) Derselben Ansicht noch Planck, ZPO., Band I, § 69, Note 89.

15) Vgl. die in der zweiten Anmerkung dieses Paragraphen bezeichneten Kommentare, ferner Nöldeke a. a. O., S. 441.

16) Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 9, S. 391 und Bd. 7, Seite 403.

17) In einem Falle, wo die mündliche Verhandlung nur fakultativ ist.

18) Nöldeke a. a. O., S. 441.

19) a. a. O., S. 742.

solche zum Zwecke der Information für dienlich hält. Für den Fall, daß der Implorat ohne Rechtsanwalt im Termin erscheint, nimmt Hoffmann für das Gericht das Recht in Anspruch, den Imploraten zum Worte zu verstatten. Er gründet seine Ansicht darauf, daß es dem Gericht an sich in den Fällen der fakultativen mündlichen Verhandlung freisteht, anstatt mündliche Verhandlung anzuberaumen, den Gegner des Gesuchstellers zu „hören". Das Gericht werde deshalb, wenn mündliche Verhandlung angeordnet, der Antragsgegner aber nicht ordnungsgemäß durch einen Rechtsanwalt vertreten sei, auch in solchem Falle nicht leicht auf das Gehör verzichten, ja es werde ihm dieses Gehör da, wo es präzeptiv vorgeschrieben sei, gar nicht versagen dürfen. Dabei will Hoffmann den Grundsatz des § 78 durch die informatorische Natur der fakultativen mündlichen Verhandlung durchbrochen wissen und ist der Ansicht, daß das Informationsbedürfnis des Gerichts durch Ausforschung der persönlich erschienenen Partei regelmäßig ebensogut,[20]) häufig dagegen sicherer noch, als durch Gehör ihres Anwalts befriedigt werden könne, ein Gesichtspunkt, der namentlich auch in der Bestimmung des § 141 zutage trete.[21]) Wieweit Hoffmann mit dieser letzten Behauptung Recht hat, kann dahingestellt bleiben; jedenfalls kann diese Bemerkung nicht allein auf die fakultative mündliche Verhandlung bezogen werden, sondern sie müßte dann ebenso der obligatorischen mündlichen Verhandlung gelten, infolgedessen lassen sich für die fakultative mündliche Verhandlung im besonderen keine Schlüsse aus dieser Behauptung ziehen. Im übrigen ist den Ausführungen Nöldeke's und Hoffmann's entgegenzuhalten, daß die fakultative mündliche Verhandlung sich trotz ihrer informatorischen Natur doch immer als eine mündliche Verhandlung darstellt. Dieser Charakter würde ihr jedoch genommen werden, sobald im kollegialgerichtlichen Verfahren sich das Gericht mit den ohne Rechtsanwalt erschienenen Parteien auf ein Verhandeln einließe.[22]) So muß denn

20) Vgl. dagegen Wach, Die ZPO. und die Praxis S. 58 Anm. 35.
21) Hoffmann a. a. O., S. 743.
22) Petersen a. a. O., Anm. 4 zu § 128.

auch Hoffmann selbst zugeben, daß dann die mündliche Verhandlung zu einem wechselseitigen Gehör der Parteien herabsänke. Aber selbst ein derartiges „Hören" einer ohne Rechtsanwalt erschienenen Partei ist als unzulässig anzusehen, da auch ein Gehör der Parteien sich im landgerichtlichen Verfahren durch den Rechtsanwalt zu vollziehen hat.[23])

Damit entfällt auch die Möglichkeit der Anordnung einer Vernehmung durch den Gerichtsschreiber, wenn die Partei im Termin ohne Rechtsanwalt erschienen ist. Denn eine derartige Vernehmung ist außer nach § 569 Absatz 2 und § 573 Absatz 2 unstatthaft, auch wenn das Gesuch gemäß § 78 Absatz 2 zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden konnte.[24])

§ 6. Die Terminsversäumnis.

In engem Zusammenhang mit dem Anwaltszwang und der Notwendigkeit seiner Anwendung auf die fakultative mündliche Verhandlung steht die Frage, ob es hier eine Versäumnisfolge gibt. Denn, wie eben dargetan ist, wird im kollegialgerichtlichen Verfahren die Partei, die ohne Rechtsanwalt erscheint, so behandelt, als ob sie überhaupt nicht erschienen wäre. Jetzt gilt es nun weiter festzustellen, was geschieht, wenn eine Partei in dem Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint. Für die obligatorische mündliche Verhandlung stellen da die §§ 330 ff. im dritten Tittel des zweiten Buches der Prozeßordnung die Normen über das sogenannte Versäumnisverfahren auf. Überschrieben ist dieser Titel „Versäumnisurteil". Denn wie überhaupt bei der obligatorischen mündlichen Verhandlung die Endentscheidung regelmäßig in einem Urteil getroffen wird, so wird auch in dem Falle, daß die eine Partei den Termin versäumt, unter gewissen Voraussetzungen ein Urteil erlassen, eben das Versäumnisurteil der §§ 330 ff.

Bei der fakultativen mündlichen Verhandlung erfolgt die Entscheidung im Gegensatz zur obligatorischen mündlichen Ver-

23) Ebenda S. 318.

24) Stein, Anm. zu § 128 und § 78.

handlung regelmäßig durch Beschluß.[1]) Das läßt sich schon aus den §§ 922, 936 folgern, wo für das Verfahren bei Anordnung von Arresten und einstweiligen Verfügungen das Gegenteil — Entscheidung durch Urteil — ausdrücklich angeordnet worden ist.[2]) In einer großen Anzahl der anderen, hier zu behandelnden Fälle hat der Gesetzgeber aber auch selbst den Ausdruck „Beschluß" für die Entscheidung gewählt, nämlich in den §§ 37, 46, 104, 127, 174, 225, 339, 406, 490, 707 und 934. An anderer Stelle hat sich das Gesetz mit der allgemeinen Bezeichnung „Entscheidung" begnügt, das ist der Fall in §§ 102, 204, 248, 769, 891, 937, 942 und 947.[3]) Es spricht jedoch nichts dafür, daß in den zuletzt aufgeführten Paragraphen die Bezeichnung der Entscheidung als Beschluß absichtlich vermieden sei, um anzudeuten, die Form der Entscheidung brauche in diesen Fällen nicht notwendig die des Beschlusses zu sein. Belanglos muß es auch erscheinen, daß in § 102 von einer Verurteilung die Rede ist, da der Sprachgebrauch der Prozeßordnung in dieser Beziehung schwankend ist.[4]) Und so herrscht denn auch kein Zweifel darüber, daß die Entscheidung, die auf Grund der fakultativen mündlichen Verhandlung erlassen wird, in allen Fällen[5]) als Beschluß[6]) und nicht als Urteil ergeht.[7]) Kennt also die fakultative mündliche Verhandlung kein Urteil, so sind auch die §§ 330 ff. hier unanwendbar, da dort ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß die Versäumnisfolge durch Versäumnisurteil auszusprechen ist. Das Gericht könnte hier demnach nur einen Versäumnisbeschluß erlassen. Das scheitert jedoch daran, daß die

---

1) Petersen, Anm. 4 zu § 128. — Planck Bd. II, S. 556. — Seuffert Bd. II, S. 111.

2) Nöldeke a. a. O., S. 440.

3) Hoffmann a. a. O., S. 743.

4) Wach, Vorträge, S. 115. Stein, § 102. Hoffmann, a. a. O. S. 744

5) — mit Auswahme der des § 921 f. —

6) Infolgedessen können in Preußen Referendare die bei fakultativer mündlicher Verhandlung anberaumten Termine selbständig wahrnehmen und die auf die Verhandlung hin zu treffende Entscheidung erlassen. Preuß. Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz § 2, III.

7) Willenbücher, S. 28. Wach, S. 163. Schollmeyer, S. 90.

Zivilprozeßordnung weder in den §§ 330 ff. noch sonst Versäumnisbeschlüsse kennt.[8]) Ein Versäumnisverfahren analog dem bei obligatorischer mündlicher Verhandlung ist infolgedessen bei der fakultativen mündlichen Verhandlung ausgeschlossen.[9])

Mit diesem Ergebnis kann man sich auch ohne weiteres einverstanden erklären, wenn man die fakultative mündliche Verhandlung lediglich als Informationsmittel betrachtet, wie es oben geschehen ist, und nicht in ihr, ebenso wie in der obligatorischen mündlichen Verhandlung, die allein relevante Form des Parteivorbringens erblickt. Denn das Verfahren gestaltet sich bei Terminsversäumnis der Parteien in einer Weise, die diesem Charakter der fakultativen mündlichen Verhandlung völlig entspricht.[10]) Im einzelnen ergibt sich aus dem Fehlen eines Versäumnisververfahrens folgendes: Erscheint in dem Termine der Antragsteller nicht, so kann das Gericht wegen dieser Versäumnis nicht ohne weiteres den Antrag zurückweisen, ohne in eine sachliche Prüfung überhaupt eingetreten zu sein; der § 330, nach dem im ordentlichen Verfahren die Klage beim Ausbleiben des Klägers auf Antrag des Gegners abzuweisen ist, darf also hier nicht zu entsprechender Anwendung kommen.[11]) Ebensowenig ist beim Ausbleiben des Antragsgegners analog dem Versäumnisverfahren bei obligatorischer mündlicher Verhandlung (§ 331) unter gewissen Voraussetzungen (Absatz 2 daselbst) dem Antrag ohne weiteres stattzugeben.[12])

Das Gericht entscheidet vielmehr in beiden Fällen auf Grund des ihm in den Akten vorliegenden, bereits Prozeßstoff gewordenen Materials. Und zwar besteht für das Gericht die Möglichkeit, nunmehr sofort nach Lage der Akten zu entscheiden, auch dann, wenn der im Termin ausgebliebene Gegner des Antrags-

---

8) Petersen, Anm. IV, 10 zu § 128. Stein, S. 381, Anm. V B 3 zu § 128. Seuffert, S. 203. Struckmann-Koch § 347. Nöldeke, S. 440. Meyer in Busch, Bd. 9, S. 327.

9) Weismann, Bd. I, S. 317.

10) Vgl. Hoffmann a. a. O. S. 745.

11) Seuffert, S. 204.

12) Wach, S. 163.

stellers (Beteiligte oder Schuldner) nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes vor der Entscheidung zu hören ist, wie in den §§ 102, 225 und 891. Denn dieses Gehör ist nur vorgeschrieben, um den Gegner Gelegenheit zu geben, sich zur Sache zu äußern.[13]) Hat der Gegner die ihm durch Anberaumung eines Termins gebotene Gelegenheit ungenutzt vorübergehen lassen, dann ist das Gericht nicht gehalten, den Versuch von ihm eine Äußerung zu erlangen, in irgend einer Weise von neuem anzustellen.[14]) Beim Ausbleiben der einen von beiden Parteien im Termine kann das Gericht den erschienenen Beteiligten zum Worte verstatten und so versuchen, die Information zu erhalten, um derentwillen die mündliche Verhandlung anberaumt war.[15]) Eine Pflicht, von der erschienenen Partei die notwendigen Aufklärungen zu fordern, wie sie Nöldeke[16]) anzunehmen scheint, besteht jedoch für das Gericht regelmäßig nicht. Es bleibt ihm vielmehr unbenommen, von neuem Termin zur mündlichen Verhandlung anzuberaumen, und erst dann die Entscheidung in der Sache selbst zu treffen. — Nur in den wenigen Fällen, in denen das Gehör des Gegners obligatorisch ist, wird das Gericht nicht umhin können, die Äußerungen des im Termin anwesenden Gegners auf jeden Fall entgegenzunehmen, da dieser durch sein Erscheinen angezeigt hat, daß er von seinem Anspruch auf Gehör Gebrauch machen will. Hält das Gericht in solchem Falle aber gerade die gleichzeitige Anhörung beider Parteien für vorteilhaft, so kann es nur mit Zustimmung des erschienenen Gegners von dessen sofortiger Vernehmung Abstand nehmen und einen neuen Verhandlungstermin ansetzen.

Wenn nun auch, wie oben dargetan ist, die im Termine ausgebliebene Partei bei fakultativer mündlicher Verhandlung nicht die Versäumnisfolgen treffen wie im Verfahren bei obligatorischer mündlicher Verhandlung, so wird doch nichts dagegen einzu-

---

13) Stein, Anm. zu § 102. — Wilmowski, Konkursordnung, Anm. 2 zu § 73. — Jaeger, Konkursordnung, Anm. 3 zu § 73.

14) Hoffmann a. a. O., S. 745 — Stein § 128.

15) Petersen § 128.

16) a. a. O., S. 440.

wenden sein, wenn das Gericht bei Terminsversäumung der einen Partei dieses Ausbleiben entsprechend auslegt und daraus für die tatsächlichen Feststellungen Schlüsse zieht.[17])

Wenn im Termin überhaupt niemand erschienen ist, ruht das Verfahren nicht ohne weiteres.[18]) Der § 251 Absatz 2 ist also nicht auf die fakultative mündliche Verhandlung anwendbar, sondern das Gericht hat auch in diesem Falle die Wahl, sofort nach Lage der Akten zu entscheiden, oder zu vertagen.[19])

Die Benachrichtigung der Parteien von der Anberaumung des neuen Termins würde dann im landgerichtlichen Verfahren gemäß den oben aufgestellten Regeln in der Weise zu bewerkstelligen sein, daß den Parteien von dem Terminsprotokolle, in dem der Beschluß über die Anberaumung des neuen Termins aufgenommen ist, eine Abschrift zugestellt wird. Also auch hier wäre weder eine Ladung von Amtswegen erforderlich, noch müßte es das Gericht auf eine nach § 214 erfolgende Ladung ankommen lassen. Außerdem steht es dem Gerichte zur Aufklärung des Sachverhältnisses auch in diesem Falle frei, das persönliche Erscheinen einer oder beider Parteien anzuordnen; alsdann wäre die Ladung der betreffenden Partei oder gegebenenfalls beider Parteien von Amtswegen erforderlich. Für den Amtsgerichtsprozeß ist ebenfalls wieder § 497 Abs. 1 maßgebend.

Ist dagegen die mündliche Verhandlung zur Erledigung eines Gesuches angesetzt, so wird auch hier das Verfahren zu ruhen haben, wenn die Parteien es vereinbaren. § 251 Absatz 1. Erscheinen in einem solchen Falle beide Parteien in dem zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termin nicht, so hat also auch trotz der informatorischen Natur der fakultativen mündlichen Verhandlung § 251 Absatz 2 entsprechende Anwendung zu finden.

In diesem Falle würde jedoch das Ruhen des Verfahrens

---

17) Seuffert, Anm. zu § 128. — Stein, S. 381, Anm. V B 3 zu § 128. — Nöldeke a. a. O., S. 440. — Petersen § 128, Anm. IV, 11, c. Juristische Wochenschrift 1895, S. 382.

18) Petersen § 128. — Planck, Bd. II, S. 556. — Stein § 128.

19) Seuffert § 128. — A. M. Skonnietzki-Gelpcke, Anm. vor § 128.

nicht durch Ladung, sondern durch das Gesuch einer Partei, dem Verfahren nunmehr Fortgang zu geben, beendigt werden; das Gericht wäre dann nicht gezwungen, wieder Termin zur mündlichen Verhandlung anzusetzen. Vielmehr kann das Gericht, wenn eine Partei durch einen entsprechenden Antrag ihre Absicht, das Verfahren fortzusetzen, zu erkennen gegeben hat, unter Aufhebung seines früheren auf Terminsbestimmung lautenden Beschlusses, sofort in der Sache selbst entscheiden.[20]) Und zwar wird es von dieser Befugnis besonders dann Gebrauch machen, wenn durch inzwischen eingegangene Schriftsätze ihm die Abhaltung eines Verhandlungstermins überflüssig geworden erscheint.

§ 7. Die Beweismittel.

Auf die Beweisantretung und die Beweisaufnahme übt die informatorische Natur der fakultativen mündlichen Verhandlung keinen Einfluß aus. Denn wenn auch der fakultativen mündlichen Verhandlung nicht dieselbe Bedeutung zugesprochen werden kann, wie der obligatorischen, so ist doch d a d u r c h bei der fakultativen mündlichen Verhandlung eine von dem ordentlichen Verfahren abweichende Art in der Behandlung der Beweismittel nicht geboten. In dieser Richtung steht einer entsprechenden Anwendung der §§ 282 bis 286 und 355 ff. nichts im Wege. Das Gericht kann also auch hier Beweise erheben,[1]) und die Beweisaufnahme hat nach den für das ordentliche Verfahren geltenden Vorschriften zu erfolgen.[2]) Die Ansicht des Bayerischen Obersten Landgerichtes,[3]) eine förmliche Beweisaufnahme sei bei fakultativer mündlicher Verhandlung überhaupt gesetzlich unzulässig, hat nirgends Anklang gefunden.[4])

Nach einer Entscheidung des Reichsgerichtes ist das Beschwerdegericht als solches bei weiteren Erhebungen an die Vor-

---

20) Vgl. oben § 2.

1) Petersen, Anm. 6 zu § 573. — Meyer in Busch, Bd. 15, S. 490.

2) Reincke, Anm. zu 573.

3) Beschluß vom 22. X. 1883 in Seuffert's Archiv, Bd. 41, S. 382.

4) Vgl. Nöldeke in Busch, Bd. 28, S. 444.

schrift des § 357 nicht gebunden.[5]) Welchen Wert diese Entscheidung für unsere Darstellung hat, läßt sich jedoch nicht sagen, da nicht feststeht, ob das Beschwerdegericht mündliche Verhandlung anberaumt hatte.[6])

Wann voller Beweis, wann nur Glaubhaftmachung erforderlich ist, richtet sich nach der Natur des Prozeßverfahrens, Glaubhaftmachung hat nur in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen stattzufinden.[7]) Eine Eideszuschiebung ist ebenso wie bei der obligatorischen mündlichen Verhandlung statthaft.[8])

Wichtig für die Behandlung der Beweismittel bei der fakultativen mündlichen Verhandlung ist es jedoch, daß dieses Verfahren — abgesehen von den jetzt noch nicht zu behandelnden, bei Anordnung von Arresten und einstweiligen Verfügungen stattfindenden — nicht durch Urteil, sondern durch Beschluß beendigt wird.[9])

Dieser Unterschied zwischen den beiden Verhandlungsarten macht sich nämlich für die Beweismittel bemerkbar, sobald der Eid in Betracht kommt. Denn gibt es keine Urteile bei der fakultativen mündlichen Verhandlung, so kann der Eid auch nicht durch Urteil, sondern nur durch Beschluß angeordnet werden. In dem ordentlichen Verfahren ist nun die Möglichkeit, die Eidesleistung durch Beweisbeschluß anzuordnen, eng begrenzt. § 461 bestimmt in dieser Hinsicht: „Sind die Parteien über die Erheblichkeit und die Norm des Eides einverstanden, oder dient der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreites, so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet werden.“ „Hängt die Entscheidung über einzelne selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel von der Leistung eines Eides ab, so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet . . . werden.“ In allen anderen Fällen ist gemäß § 460 auf die

---

5) Entscheidung vom 6. V. 1898 in Jur. Wochenschrift S. 352, Nr. 15.

6) Vgl. Nöldeke a. a. O., S. 443.

7) Reincke, Anm. zu § 573. Jurist. Wochenschrift 1899, S. 180. — Kuhn im „Recht“ 1902, S. 460.

8) Nöldeke, S. 444.

9) Seuffert, Anm. zu § 573 und § 460.

Leistung des Eides durch bedingtes Endurteil zu erkennen. Ebenso ist der richterliche Eid durch bedingtes Urteil aufzuerlegen (§ 477).

Aus diesen Bestimmungen hat man gefolgert, daß der richterliche Eid bei der fakultativen mündlichen Verhandlung überhaupt nicht, der zugeschobene Eid aber nur unter den Voraussetzungen des § 461 zur Anwendung gelangen kann.[10][11] Denn ebensowenig wie Versäumnisbeschlüsse kenne die Zivilprozeßordnung bedingte Beschlüsse, und ferner lasse sich aus dem Gesetze nirgends herauslesen, daß für die fakultative mündliche Verhandlung eine Ausnahme von der Regel des § 461 auch nur stillschweigend zugelassen oder es möglich wäre, den richterlichen Eid in diesem Verfahren durch Beschluß aufzuerlegen.[12])

Auf diese Weise würde der Beweis durch Eid für die fakultative mündliche Verhandlung sehr beschränkt sein, denn abgesehen von den Fällen, in denen der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreits dient, oder es sich um die Entscheidung über einzelne selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel handelt, wäre er hier nur zulässig, wenn die Parteien über die Erheblichkeit und die Norm des Eides einverstanden sind. Ohne dieses Einverständnis der Parteien wäre der Eid als Beweismittel hier unmöglich. Die Partei, der der Eid unbequem ist, hätte es demnach in der Hand, den Eid im einzelnen Falle aus dem Kreise der Beweismittel ganz auszuschalten. Die gänzliche Unmöglichkeit des richterlichen Eides und die Beschränkung des zugeschobenen Eides auf die Fälle des § 461 würden aber für das Beweisverfahren eine schwerwiegende Einbuße bedeuten.

Davon ausgehend, daß dieses Ergebnis vom Gesetze nicht beabsichtigt sein kann,[13]) hat sich in Theorie und Praxis eine

---

10) Petersen a. a. O. — Urteil des Landgerichts Bremen in Busch, Bd. 10, S. 398. Bayr. Oberst. Landesgericht in Seufferts Archiv, Bd. 41, S. 382.

11) Meyer in Busch, Bd. 15, S. 490. — Kohler im Archiv für zivil. Praxis, Bd. 80, S. 267. — Sprenger. ebenda, Bd. 81, S. 278.

12) Nöldeke in Busch, Bd. 28, S. 444.

13) Beschluß des Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 22. 6. 1901 in Seufferts Archiv, Bd. 57, S. 82.

Strömung geltend gemacht, die die gesetzliche Zulässigkeit unbeschränkter Anordnung des Eides durch Beschluß bei der fakultativen mündlichen Verhandlung anerkannt wissen will.[14]

Denn wenn auch die von Nöldeke und Anderen vertretene Ansicht auf den ersten Blick etwas für sich zu haben scheint, so ist doch aus dem gänzlichen Fehlen der Urteile bei der fakultativen mündlichen Verhandlung gerade das Gegenteil von der Nöldeke'schen Theorie zu entnehmen, daß nämlich die Vorschriften, die das Gesetz für den Eidesbeweis des ordentlichen Verfahrens aufstellt, hier nicht gelten können, soweit sie sich auf Urteile beziehen, und daß demnach hier jeder Eid durch Beschluß angeordnet werden kann.

Diesen Standpunkt vertritt nachdrücklich ein Beschluß des Reichsgerichts vom 28. Dezember 1901.[15]) Es handelt sich darin um die gemäß § 573 Absatz 1 angeordnete mündliche Verhandlung in einem Beschwerdeverfahren nach Maßgabe des § 99 Absatz 3. Das Reichsgericht betont hier, daß im Beschwerdeverfahren die Auferlegung eines richterlichen Eides durch Beschluß für statthaft zu erachten ist. Begründet wird die Entscheidung in folgender Weise: Da der gesamte tatsächliche und rechtliche Stoff, der dem angefochtenen Urteile zugrunde liegt, und die Würdigung, die dieser Stoff in jenem Urteile gefunden hat, gegebenenfalls unter Hinzutritt neuer Tatsachen und neuaufgenommener Beweise, dem Richter der Beschwerdeinstanz zur Prüfung und Entscheidung unterbreitet ist, würde er im einzelnen Falle die seiner Überzeugung entsprechende Entscheidung nicht fällen können, wenn es ihm versagt sein sollte, sie von der nach den Umständen des Falles für ihn zur Begründung einer bestimmten festen Überzeugung erforderlichen Leistung oder Nichtleistung eines richterlichen Eides abhängig zu machen.

In demselben Sinne hat das Oberlandesgericht zu Dresden

14) Stein, S. 381. — Reincke, Anm. zu § 573. — Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 54, S. 311 und Bd. 50, S. 371. — Beschluß des Oberlandesgerichts zu Dresden vom 15. März 1889, in Seufferts Archiv, Bd. 46, S. 122.

15) Entscheidungen des Reichsgerichtes, Bd. 50, S. 370.

entschieden;[16]) es erachtet die Anordnung der Leistung eines zugeschobenen und angenommenen Eides durch Beweisbeschluß für gesetzlich zulässig, „wie denn nach §§ 461, 595 auch in anderen ähnlichen Fällen die Anordnung der Leistung eines Schiedseides durch Beweisbeschluß gestattet bezw. vorgeschrieben" sei. Die Eideszuschiebung sei aber deshalb zu Recht erfolgt, weil es an einer gesetzlichen Bestimmung mangele, die den Gebrauch dieses Beweismittels versage, zumal § 570 ausdrücklich die Berechtigung, eine Beschwerde auf alle an sich zulässigen Beweismittel zu stützen, hervorhebe. — Diese Begründung der oberlandesgerichtlichen Entscheidung hält Sprenger für bedenklich und nicht ausreichend.[17]) Nach seinem Dafürhalten ist die Analogie der §§ 461 und 595 nicht heranzuziehen, weil in der Prozeßordnung die Fälle, in denen ein Eid durch Beschluß auferlegt werden kann, genau bestimmt und von denen, wo ein Urteil erforderlich ist, getrennt sind. Weiter, so fährt Sprenger fort, geht das Oberlandesgericht davon aus, der Gebrauch des Eides sei überall da statthaft, wo ihn das Gesetz nicht verbiete. Hiergegen wendet er sich mit dem Hinweise, die Zivilprozeßordnung kenne diesen Grundsatz in solcher Allgemeinheit nicht. In diesem letzten Punkte ist Sprenger beizupflichten, aber er hat in die Begründung der Entscheidung des Oberlandesgerichts mehr hineingelegt, als darin steht. Denn es heißt dort nur: es fehlt an einer gesetzlichen Bestimmung, die dem Kläger den Gebrauch dieses Beweismittels (der Eideszuschiebung) versagt. Was dann ferner die Analogie der §§ 461 und 595 anlangt, so ist der Sprenger'schen Ansicht entgegenzuhalten: für die obligatorische mündliche Verhandlung hat das Gesetz die Formen, in denen die Auferlegung des Eides geschehen kann, genau gesondert und geregelt, da ist streng zu scheiden zwischen den Fällen, wo ein Beschluß möglich ist, und denen, die die Auferlegung des Eides durch Urteil verlangen; in der fakultativen mündlichen Verhandlung dagegen, die — soweit sie jetzt hier

16) Beschluß vom 15. März 1889 in Seufferts Archiv, Bd. 46, Nr. 78.
17) Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 81, S. 262f.

in Betracht kommt — kein Urteil kennt, wird diese Scheidung hinfällig, denn es ist stets nur ein Beschluß möglich.

Ebenfalls bei Gelegenheit der Entscheidung über eine Beschwerde kommt das Oberlandesgericht zu Hamburg [18]) dazu, die Anordnung eines Eides durch Beschluß in einem solchen Verfahren für zulässig zu erklären. Bei dem ordentlichen Verfahren [19]) seien der zugeschobene Haupteid und der bei Anwendung anderer Beweismittel nicht zu entbehrende richterliche Hilfseid mit der Institution des Urteils verknüpft worden, und da es an dieser bei der fakultativen mündlichen Verhandlung fehle, so könnten die für jenes Verfahren gegebenen Bestimmungen für die Form der Beweiserhebung auf die fakultative mündliche Verhandlung nicht ausgedehnt werden, in der Form des Beweisverfahrens müsse das Gericht bei der fakultativen mündlichen Verhandlung daher frei sein. Das Oberlandesgericht will jedoch die für das ordentliche Verfahren aufgestellten, auf die Beweismittel bezüglichen Bestimmungen sachlicher Natur und auch die auf das Verfahren bezüglichen, insoweit das andersgeartete Verfahren bei der fakultativen mündlichen Verhandlung nicht entgegensteht, auch in der fakultativen mündlichen Verhandlung entsprechend angewendet wissen. — Gegen diese Auffassung ist geltend gemacht worden, [20]) es sei nicht angängig, einzelne Bestimmungen des zweiten Buches der Zivilprozeßordnung über die Beweismittel bei der fakultativen mündlichen Verhandlung für anwendbar, andere wieder für unanwendbar zu erklären, es sei denn, daß einzelne Bestimmungen ihrer Natur nach mit der fakultativen mündlichen Verhandlung nicht vereinbar wären.

Wenn nun das Oberlandesgericht dies hinsichtlich der Vorschrift annehme, daß der Eid regelmäßig nur durch Urteil aufzuerlegen sei, und wegen Fehlens eines Urteils bei der fakultativen mündlichen Verhandlung Auferlegung des Eides durch Beweisbeschluß gestatte, so sei dieser Schluß nicht zutreffend;

18) Beschluß vom 22. Juni 1901 in Seufferts Archiv, Bd. 57, S. 82.

19) In dem Beschlusse sind erste und Berufungs-Instanz einerseits und Beschwerde-Instanz andrerseits sich gegenübergestellt.

20) Nöldeke im Busch, Bd. 29, S. 509.

denn das Gesetz habe den Eid nicht deshalb mit dem Urteil verknüpft, weil die Eidesauflage ihrem Wesen nach nur Bestandteil eines Urteils sein könne, sondern „mit Rücksicht auf die Behandlung des Eides als eines subsidiären Beweismittels und auf die im Interesse der Heilighaltung des Eides gebotene Vermeidung nutzloser Eide". [21])

Dieser Ansicht Nöldeke's kann nicht beigetreten werden. Aus dem Beschlusse des Oberlandesgerichtes geht nicht, wie Nöldeke meint, hervor, daß das Gericht die Auffassung vertrete, die Eidesauflage könne ihrem Wesen nach nur Bestandteil eines Urteils sein. Und außerdem macht doch die Prozeßordnung, obwohl sie den Eid mit dem Urteil verknüpft, in § 461 gewisse Ausnahmen zugunsten der Anordnung von Eidesleistungen durch Beschluß. Wenn somit das Gesetz schon im ordentlichen Verfahren unter gewissen Voraussetzungen eine Eidesauflegung durch Beweisbeschluß kennt, so läßt es sich wohl rechtfertigen, bei der fakultativen mündlichen Verhandlung, der ein Urteil fremd ist, die Auferlegung jeden Eides durch Beschluß anzuerkennen, ohne Rücksicht darauf, ob ein Fall des § 461 vorliegt, und unbekümmert um die Formalvorschrift des § 477 Absatz 3. [22]) Und wenn Nöldeke darauf hinweist, daß bei Auferlegung des Eides durch Beschluß im Beschwerdeverfahren durch die Leistung des Eides dann die Folge des § 463 eintrete und dadurch die weitere Beschwerde illusorisch gemacht werde, so ist dem entgegenzuhalten, daß nach Leistung des Eides die Folgen des § 463 im ordentlichen Verfahren doch in derselben Weise eintreten, sobald das Gericht von der Erlaubnis Gebrauch gemacht hat, gemäß § 461 den Eid durch Beschluß aufzuerlegen.

Es ergibt sich also für die Behandlung der Beweismittel bei der fakultativen mündlichen Verhandlung folgendes: Das Beweisverfahren findet nach den für die obligatorische mündliche Verhandlung geltenden Vorschriften statt. Jedoch muß eine Ausnahme von der Regel des § 460 mit Rücksicht darauf ein-

21) Begründung des Entwurfes S. 282, 283, bei Hahn, Materialien Bd. I, S. 336.

22) Stein S. 381.

treten, daß das Verfahren in den hier behandelten Fällen nicht durch Urteil, sondern durch Beschluß endet.[23]) Demnach ist sowohl der zugeschobene wie der richterliche Eid im Verfahren bei fakultativer mündlicher Verhandlung stets durch Beschluß aufzuerlegen. Wenn auch ausdrücklich keine Bestimmung der Zivilprozeßordnung hierzu ermächtigt, so ist doch diese Abweichung durch die Eigenart der fakultativen mündlichen Verhandlung gerechtfertigt. Von einem Mangel unserer Gesetzgebung[24]) kann daher in dieser Hinsicht nicht gesprochen werden.

§ 8. Einzelne das Verfahren betreffende allgemeine Bestimmungen.

Der besondere Charakter der fakultativen mündlichen Verhandlung macht sich auch geltend, sobald die Vorschriften über die allgemeinen Folgen der Versäumung von Prozeßhandlungen in Betracht kommen. Während der oben besprochene § 138 die besonderen Folgen behandelt, die sich für die Partei aus dem Unterlassen einer Erklärung ergeben, hat nach § 230 die Versäumung einer Prozeßhandlung zur allgemeinen Folge, daß die Partei mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung ausgeschlossen wird. § 231 handelt dann von der Art, in der die Folgen der Versäumung eintreten. Diese Bestimmungen über Versäumung einer Prozeßhandlung nehmen der fakultativen mündlichen Verhandlung gegenüber eine andere Stellung ein, wie die §§ 330 ff., die das Verfahren bei Terminsversäumnis regeln.

Während jene Vorschriften auf die fakultative mündliche Verhandlung für unanwendbar erklärt werden mußten, steht der Geltung der §§ 230, 231 auch bei fakultativer mündlicher Verhandlung nichts im Wege.[1]) Wenn eine Partei, die am Termin teilgenommen, aber versäumt hat, eine Prozeßhandlung vorzu-

23) Vgl. Struckmann-Koch § 461.

24) Urteil des Landgerichts Bremen vom 16. 9. 1884 in Busch 10, Seite 398.

1) Vgl. Stein, Anm. V B 3 zu § 128.

nehmen, mit dieser Prozeßhandlung ausgeschlossen wird, so läuft dies an und für sich dem Wesen der fakultativen mündlichen Verhandlung nicht zuwider. Nur würde es nicht angängig sein, hier, so wie es bei der obligatorischen mündlichen Verhandlung in der Regel zu geschehen hat, die Versäumnisfolge schon mit dem Schlusse der mündlichen Verhandlung eintreten zu lassen, auf die die Entscheidung gefällt wird. Es kann hier vielmehr aus den oben angeführten Gründen die Versäumnisfolge erst mit dem Ergehen des Beschlusses eintreten. [2])

Bei der Erörterung des eben erwähnten § 138 ist oben (in § 3) dargetan, inwieweit bei fakultativer mündlicher Verhandlung in Anwendung des § 138 Absatz 2 Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, als zugestanden anzusehen sind. Jetzt gilt es zu prüfen, welche Bedeutung einem in der fakultativen mündlichen Verhandlung gemachten Geständnisse zukommt. In dieser Beziehung äußert die Natur der fakultativen mündlichen Verhandlung keine Wirkungen. Es hat also auch bei unserer Verhandlungsart bei den für die obligatorische mündliche Verhandlung gegebenen Bestimmungen sein Bewenden. Die §§ 288 ff. haben auf die fakultative mündliche Verhandlung Anwendung zu finden. Denn das Verfahren bei fakultativer mündlicher Verhandlung ist nur dann den für die obligatorische Verhandlung gegebenen Vorschriften nicht unterworfen, wenn ihre besondere Natur und ihr Zweck Abweichungen erforderlich machen. Eine solche Abweichung von den für die Behandlung des gerichtlichen Geständnisses maßgebenden Bestimmungen der §§ 288 ff. erscheint jedoch durchaus nicht geboten. Es kann also z. B. eine Partei nicht beliebig ihr gemäß § 288 gemachtes Geständnis rechtswirksam widerrufen, weder in der Verhandlung selbst, noch später in einem Schriftsatze. [3])

Aus der Bedeutung des gerichtlichen Geständnisses ergibt sich ferner, daß § 85 Satz 2 auf die fakultative mündliche Ver-

---

2) Stein, Anm. II zu § 230.

3) Ein nach § 290 erfolgender Widerruf ist dagegen aus den oben in § 3 angeführten Gründen auch nach Schluß der fakultativen mündlichen Verhandlung noch zulässig.

handlung anzuwenden ist. Hier wird bestimmt, daß die von dem Bevollmächtigten erklärten Geständnisse und die sonstigen von ihm abgegebenen Erklärungen, insoweit dieselben nicht von der miterschienenen Partei sofort widerrufen oder berichtigt werden, für die Partei in gleicher Weise verpflichtend sind, als wenn sie von der Partei selbst abgegeben wären. Auch hier handelt es sich, wie im § 138, um eine besondere Folge der Versäumung einer Prozeßhandlung. Es läßt sich jedoch nicht wie bei § 138 sagen, daß diese Bestimmung auch auf die fakultative mündliche Verhandlung anzuwenden ist, aber die Prozeßhandlung bis zum Erlaß der Entscheidung nachgeholt werden kann. Denn wenn die Partei die von dem Bevollmächtigten abgegebenen Erklärungen auch noch nach der mündlichen Verhandlung widerrufen oder berichtigen kann, so läßt sich das mit dem Satz 2 des § 85, der sofortigen Widerruf oder sofortige Berichtigung verlangt, nicht in Einklang bringen. So macht also die Eigenart der fakultativen mündlichen Verhandlung eine Abweichung von § 85 Satz 2 nicht erforderlich, und infolgedessen muß diese Bestimmung auch im Verfahren bei fakultativer mündlicher Verhandlung angewendet werden.

Ebenso hat § 295 hier Anwendung zu finden, da die von ihm getroffene Bestimmung über die Rüge der Verletzung einer Prozeßvorschrift ohne weiteres dem Wesen der fakultativen mündlichen Verhandlung entspricht.

Entsprechend der Prozeßordnung wäre hier auch der § 251 zu behandeln. Wegen des engen Zusammenhanges, in dem seine Vorschriften mit den über die Terminsversäumnis gegebenen Bestimmungen des zweiten Buches stehen, ist die Erörterung hierüber schon im § 6 vorweggenommen.

Die auf die fakultative mündliche Verhandlung in der Sache selbst zu erlassende Entscheidung ergeht, wie oben in § 6 erörtert ist, von den Fällen der §§ 916 f. abgesehen, in der Form des Beschlusses. Gemäß § 329 Absatz 1 müssen die auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehenden Beschlüsse verkündet werden. Diese Bestimmung gilt auch für die Beschlüsse, die auf Grund einer fakultativen mündlichen Verhandlung ergehen,

da eine Beschränkung ihrer Anwendung auf die obligatorische mündliche Verhandlung weder aus dem Gesetz ersichtlich, noch durch die Besonderheit der fakultativen mündlichen Verhandlung geboten ist. Wird also auf Grund der fakultativen mündlichen Verhandlung ein Beschluß erlassen, so ist dieser Beschluß zu verkünden.[4])

Die Wirksamkeit dieser Verkündung ist von der Anwesenheit der Parteien nicht abhängig, wie § 312 in Verbindung mit § 329, die beide Anwendung finden, ergibt.

Wenn der Beschluß, der auf Grund der fakultativen mündlichen Verhandlung erlassen wird, die Entscheidung in der Sache selbst bringt, so ist seine Zustellung regelmäßig dem Betreiben der Parteien überlassen (§§ 317, 329 Absatz 2).

Dagegen ist es nicht erforderlich, daß in dem Termine, in dem die fakultative mündliche Verhandlung geschlossen wird oder in einem sofort anzuberaumenden Termine, der nicht über eine Woche hinaus angesetzt werden soll, ein die Entscheidung in der Sache selbst treffender Beschluß verkündet wird (vgl. § 310). Das würde dem Wesen der fakultativen mündlichen Verhandlung als eines bloßen Informationsmittels widersprechen. Wollte man § 310 für entsprechend anwendbar erklären, so würde das Gericht, das nach stattgehabter mündlicher Verhandlung noch auf schriftlichem Wege Unterlagen für seine Entscheidung von den Parteien eingefordert hat, mitunter gezwungen sein, nach Empfang der neuen, schriftlich eingegangenen Unterlagen nochmals mündliche Verhandlung anzuberaumen, nur um der Vorschrift des § 310 zu genügen. Dadurch würde aber der mündlichen Verhandlung eine Bedeutung beigemessen, die ihr in unseren Fällen nicht innewohnt.

§ 329 Absatz 2 erklärt zwar nur die §§ 309, 310, 312, 317 als auf Beschlüsse entsprechend anwendbar. Es werden jedoch auch noch andere Bestimmungen aus den unter dem Titel „Urteil" zusammengefaßten Vorschriften der §§ 300 ff. für die fakultative mündliche Verhandlung zu gelten haben.

4) Vgl. Stein, a. a. O. Anm. 3 zu § 329.

So muß das Gericht, abgesehen von den Fällen, in denen es von Amtswegen vorgehen kann, den im § 308 Absatz 1 enthaltenen Grundsatz ne eat judex ultra petita partium beim Erlaß des auf die fakultative mündliche Verhandlung ergehenden Beschlusses berücksichtigen.

Ferner sind die §§ 306, 307 geeignet, den materiellen Inhalt des auf die fakultative mündliche Verhandlung zu erlassenden Beschlusses zu beeinflussen; denn der entsprechenden Anwendung beider Bestimmungen auf die fakultative mündliche Verhandlung steht nichts im Wege. Es ist deshalb der Antragsteller, wenn er bei der fakultativen mündlichen Verhandlung auf den geltend gemachten Anspruch verzichtet, auf Grund des Verzichtes mit dem Anspruch abzuweisen, falls der Antragsgegner es beantragt (§ 306). Ebenso ist wider die Partei, die den gegen sie geltend gemachten Anspruch in der mündlichen Verhandlung ganz oder zum Teil anerkennt, auf Antrag dem Anerkenntnisse gemäß die Entscheidung zu treffen (§ 307).

Zieht man in Betracht, daß außer den §§ 306, 307, 308 Absatz 1 auch die §§ 138, 288 auf das Verfahren bei fakultativer mündlicher Verhandlung anzuwenden sind, so ergibt sich daraus, daß die Verhandlungsmaxime hier in derselben Weise gilt, wie bei obligatorischer mündlicher Verhandlung. Ebenso wie dort hat hier das Gericht regelmäßig nur das von den Parteien Vorgebrachte und Beantragte bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen, ohne von Amtswegen zur Beschaffung der Grundlagen für seine Entscheidung vorzugehen. Der Unterschied von dem Verfahren bei obligatorischer mündlicher Verhandlung besteht, soweit die Verhandlungsmaxime in Frage kommt, lediglich darin, daß dort das Gericht die Anträge und das Vorbringen der Parteien in mündlicher Verhandlung entgegennehmen muß, während es hier die Wahl hat, das Verfahren mündlich oder schriftlich zu gestalten, ohne daß dadurch die Geltung der Verhandlungsmaxime irgendwie berührt würde. [5])

Und wie bei der obligatorischen mündlichen Verhandlung

---

5) Vgl. Stein, a. a. O. S. 380.

so gelten auch hier gewisse Einschränkungen der Verhandlungsmaxime. Ist an anderer Stelle bereits erwähnt, daß das Gericht u. a. auch von Amtswegen Sachverständige hören und die Vorlegung von Urkunden anordnen kann, so ist jetzt hervorzuheben, daß der auf die fakultative mündliche Verhandlung ergehende Beschluß, falls er ein selbständiges Verfahren erledigt, eine Entscheidung über die Kosten von Amtswegen zu treffen hat, daß also § 308 Absatz 2 anwendbar ist.

Die Bestimmungen des von der Berichtigung des Urteils handelnden § 319 können ebenfalls auf den Beschluß, dem eine fakultative mündliche Verhandlung zugrunde liegt, entsprechend angewendet werden. [6])

Dagegen ist die Anwendung des § 321 auf diese Beschlüsse ausgeschlossen. Denn über den aus § 321 gestellten Antrag auf Ergänzung ist nach obligatorischer mündlicher Verhandlung durch Urteil zu entscheiden. Wollte man die Anwendbarkeit dieses Paragraphen auf die Beschlüsse ausdehnen, so würde man zu dem Ergebnis kommen, daß, während die Hauptentscheidung, deren Ergänzung beantragt ist, auf Grund fakultativer mündlicher Verhandlung als Beschluß erlassen wäre, die dem Ergänzungsantrag stattgebende oder ihn ablehnende Entscheidung nur nach obligatorischer mündlicher Verhandlung als Urteil ergehen könnte. Hierin würde ein Widersinn liegen.

§ 311 Satz 1 schreibt vor, daß die Verkündung der Urteile regelmäßig durch Verlesung der Urteilsformel zu erfolgen habe. Dieses Erfordernis wird für den entscheidenden Teil des Beschlusses nicht aufzustellen sein, zumal schon Satz 2 des § 311 für gewisse Urteile nachläßt, daß die Verkündung der Urteilsformel deren schriftlicher Abfassung voraufgeht.

Die Erfordernisse, die § 313 an den Inhalt eines Urteils stellt, kommen für den auf Grund fakultativer mündlicher Verhandlung erlassenen Beschluß nicht in Betracht. Insbesondere gehört es nicht zur Vollständigkeit eines solchen Beschlusses, daß er mit Entscheidungsgründen versehen ist. [7])

---

6) Jurist. Wochenschrift 97, 564,[10].

7) Juristische Wochenschrift 1900, 50,[13].

Immerhin wird ein auf fakultative mündliche Verhandlung in der Sache selbst ergehender Beschluß, dem keine Begründung beigegeben ist, zu den Seltenheiten gehören. So setzt es das Reichsgericht[8]) stillschweigend voraus, daß auch den Beschlüssen eine Begründung hinzugefügt wird, indem es ausführt, es sei dem Ermessen des Gerichts überlassen, in welchem Umfange es seine Beschlüsse mit Gründen versehen wolle. Und es wird Stein[9]) darin zuzustimmen sein, daß es besonders dann nobile officium judicis ist, den Beschluß nicht ohne Begründung zu lassen, wenn ein Antrag abgelehnt wird oder seine Entscheidung der Beschwerde unterliegt.

Eine Sonderstellung unter den Fällen, in denen das Gericht nach dem Wortlaut des Gesetzes ohne vorgängige mündliche Verhandlung entscheiden kann, nimmt § 554 a Absatz 2 ein. Demgemäß kann das Revisionsgericht über die Unzulässigkeit der Revision ohne vorgängige mündliche Verhandlung durch Beschluß entscheiden. Das Gesetz bedient sich hier derselben Ausdrucksweise, an der sonst zu erkennen ist, daß ein Fall der fakultativen mündlichen Verhandlung vorliegt. Hinzugesetzt sind nur die Worte „durch Beschluß". Aber darin liegt nichts Absonderliches, da in den bisher besprochenen Paragraphen die Entscheidung auch in der Form des Beschlusses ergeht. Trotzdem ist dieser Fall mit den früher behandelten nicht auf eine Stufe zu stellen.

Während sonst das Gericht die Wahl hat, über den ganzen Inhalt des Gesuches ohne vorgängige mündliche Verhandlung oder nach einer solchen zu entscheiden, bezieht sich hier die Prüfung zunächst nur auf die Zulässigkeit der Revision. Ergibt sich bei der Prüfung, die das Revisionsgericht gemäß § 554 a Absatz 1 vorzunehmen hat, schon aus den Akten der Mangel eines wesentlichen Erfordernisses[10]) der Revisionseinlegung, so kann die Revision ohne vorgängige mündliche Verhandlung durch Beschluß gemäß § 554 a Absatz 2 als unzulässig verworfen werden.

8) Entscheidungen in Zivilsachen, Bd. 30, S. 338.

9) Anm. I, 5 zu § 329.

10) Langheinecken in Blätter für Rechtsanwendung 70, S. 714.

Bestehen aber gegen die Zulässigkeit der Revision keine Bedenken, so ist die Absetzung eines förmlichen Beschlusses überflüssig,[11]) es ist vielmehr gemäß § 555 Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen. Ebenso ist auch zu verfahren, wenn die Akten kein klares Bild der Sachlage geben, und deshalb das Gericht mündliche Verhandlung über die Zulässigkeit für erforderlich hält.[12]) Die mündliche Verhandlung, die dann stattfindet, hat mit der oben behandelten fakultativen mündlichen Verhandlung nichts gemein. Auf sie finden vielmehr die in erster Instanz für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften Anwendung, soweit nicht die §§ 558 bis 566 Abweichungen vorsehen (§ 557). Neumüller[13]) hat allerdings Recht, wenn er sagt: „es mag zweifelhaft sein, ob die Fassung des Absatz 2 von § 554a vorgängige fakultative mündliche Verhandlung schlechthin ausschließt".

Aber die hier vertretene Ansicht stützt sich auch nicht auf die Fassung des erwähnten Absatz 2, sondern die Unzulässigkeit einer fakultativen mündlichen Verhandlung ergibt sich aus einem Vergleiche des §§ 554a Absatz 2 mit den bereits behandelten Fällen der fakultativen mündlichen Verhandlung. Während dort in den Fällen, wo das Gesetz von obligatorischer mündlicher Verhandlung absieht, die fakultative mündliche Verhandlung dem Gericht die Möglichkeit geben soll, sich für seine Entscheidung die Vorteile einer in Gegenwart des Gerichts stattfindenden Aussprache der Parteien nutzbar zu machen, will der Gesetzgeber durch § 554a Absatz 2 dem Gericht eine Erleichterung verschaffen, indem er gestattet, daß über die Revision unter gewissen Voraussetzungen ausnahmsweise ohne vorgängige mündliche Verhandlung durch Beschluß entschieden wird. Eine Ausnahme ist eine solche Entscheidung insofern, als im allgemeinen auch für die Revisionsinstanz die mündliche Verhandlung Grundsatz ist. Und es spricht nichts dafür, daß durch Absatz 2 des § 554a

11) Neumiller a. a. O., S. 309.

12) Langheinecken a. a. O. — Anderer Meinung, Seuffert in Busch, Bd. 35, S. 77 und Stein Anm. zu § 554a.

13) a. a. O., S. 309.

neben der obligatorischen mündlichen Verhandlung über die Revision noch eine fakultative mündliche Verhandlung über die Zulässigkeit der Revision eingeführt werden sollte.

Es gelten also die allgemeinen Bestimmungen über die obligatorische mündliche Verhandlung, namentlich hat die Entscheidung, die auf die mündliche Verhandlung ergeht, in der Form des Urteils zu erfolgen, und zwar auch dann, wenn durch sie die Revision gemäß § 554a Absatz 1 als unzulässig verworfen wird. Das ergibt sich aus §§ 555 und 557.

III. Zweiter Abschnitt.

Die fakultative mündliche Verhandlung vor der Entscheidung über Arreste und einstweilige Verfügungen.

§ 9. Das Arrestverfahren.

Arrest und einstweilige Verfügungen sollen entsprechend der Prozeßordnung zwar in einem gemeinschaftlichen Abschnitt behandelt werden, da jedoch die Unterschiede zwischen beiden zum Teil sich auch auf das Verfahren erstrecken, wird hier zunächst das Arrestverfahren vorweggenommen werden, während die wenigen, aber wichtigen Abweichungen, die das Gesetz für das die einstweiligen Verfügungen betreffende Verfahren vorschreibt, im Zusammenhange nachfolgen.

Die Entscheidung über ein Arrestgesuch kann nach § 921 ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Es liegt also hier ein Fall der fakultativen mündlichen Verhandlung vor, genau wie in den §§ 37, 46 usw.[1]) Hat mündliche Verhandlung stattgefunden, so erfolgt gemäß § 922 die Entscheidung durch Endurteil. Wegen dieser Vorschrift des § 922 ist die fakultative mündliche Verhandlung des Arrestverfahrens von der Besprechung bisher ausgeschlossen und einer besonderen Darstellung vorbehalten geblieben.[2]) Das rechtfertigt sich dadurch, daß § 922

1) Anders bei einstweiligen Verfügungen, § 937, Abs. 2, S. unten.

2) Das im Text behandelte Verfahren bezieht sich nur auf die Anordnung eines Arrestes; in dem Verfahren, das die Aufhebung eines Arrestes zum Gegenstande hat, erfolgt die Entscheidung stets durch Beschluß, auch wenn mündliche Verhandlung stattgefunden hat. § 934. Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 15, S. 410.

dem Arrestverfahren eine Ausnahmestellung unter den Fällen der fakultativen mündlichen Verhandlung einräumt; denn wie oben dargetan ist, ergeht sonst, in allen anderen Fällen, auf die fakultative mündliche Verhandlung ein Beschluß, nur hier beim Arrestverfahren wird ein Urteil erlassen. Das ist zwar die einzige Abweichung, die vom Gesetz ausdrücklich angeordnet wird, aber, wie im folgenden zu zeigen ist, hat diese für die Form der ergehenden Entscheidung angeordnete Änderung auf das gesamte übrige Verfahren wesentlichen Einfluß.

Es ist nicht von ungefähr, daß die Prozeßordnung bei mündlicher Verhandlung über ein Arrestgesuch ein Endurteil verlangt, sondern diese Abweichung von den sonst für die fakultative mündliche Verhandlung geltenden Bestimmungen ist bedingt durch die Eigenart des Verfahrens, das eintritt, wenn das Gericht von der Möglichkeit, mündliche Verhandlung anzuordnen, keinen Gebrauch macht, vielmehr ohne eine solche über das Arrestgesuch gemäß § 922 Absatz 1 durch Beschluß entschieden hat. Für letzteren Fall bestimmt nämlich § 924: „Gegen den Beschluß, durch welchen ein Arrest angeordnet wird, findet Widerspruch statt." Und § 925 fährt fort: „Wird Widerspruch erhoben, so ist über die Rechtmäßigkeit des Arrestes durch Endurteil zu entscheiden." Diesem Endurteil muß nach dem die Prozeßordnung beherrschenden Prinzipe der Mündlichkeit des Verfahrens eine mündliche Verhandlung vorangehen. Um dieser obligatorischen mündlichen Verhandlung des § 925 die fakultative des § 921 ebenbürtig zu gestalten, hat der Gesetzgeber die Bestimmung des § 922 getroffen. Er läßt die mündliche Verhandlung über das Arrestgesuch mit Endurteil abschließen, weil „in dieser alle die Erörterungen Platz gefunden haben, die sonst bei der Verhandlung nach erhobenem Widerspruch stattfinden würden, und weil die [darauf erlassene] Entscheidung die Stelle des über die Rechtmäßigkeit des Arrestes ergehenden Urteils vertritt." [3]) Diese Begründung ist in der Kommission wie im Reichstage unbean-

---

3) Motive zu §§ 749, 750 des Entwurfs Seite 453, bei Hahn Seite 475.

standet geblieben, die Paragraphen selbst sind unverändert angenommen worden.[4])

Dadurch, daß im Arrestverfahren die auf die fakultative mündliche Verhandlung ergehende Entscheidung als Urteil charakterisiert worden ist, stellt sich von vornherein das Verhältnis dieser fakultativen mündlichen Verhandlung zu der obligatorischen des § 128 als ein wesentlich anderes dar, als das, in dem die übrigen Fälle unserer Verhandlungsart zur obligatorischen mündlichen Verhandlung stehen. Hier kann man nicht von einer nur informatorischen Natur der mündlichen Verhandlung reden,[5]) sondern die Verhandlung, bei der die Entscheidung, ebenso wie bei notwendiger mündlicher Verhandlung, durch Urteil gefällt wird, muß auch im übrigen den für die notwendige mündliche Verhandlung gegebenen Vorschriften unterstehen.[6]) Die auf ein Arrestgesuch hin angeordnete fakultative mündliche Verhandlung ist der obligatorischen der §§ 128 ff. gleichwertig,[7]) denn sie dient wie jene dazu, selbständig die Urteilsgrundlage zu schaffen.[8]) Allerdings macht es sich bei der Einleitung des Verfahrens geltend, daß die Anordnung der mündlichen Verhandlung in das Ermessen des Gerichts gestellt ist. Ist aber die mündliche Verhandlung einmal angeordnet worden, so spielt sich das Verfahren in derselben Weise ab, wie das auf eine Klage hin eingeleitete.[9])

Im einzelnen ist über den Gang dieses Verfahrens folgendes hervorzuheben: Auf das eingegangene Arrestgesuch hin macht sich das Gericht schlüssig, ob es mündliche Verhandlung anordnen will. Da die Anordnung der mündlichen Verhandlung in dem freien Ermessen[10]) des Gerichts steht, kann der Antrag-

---

4) Vgl. Hoffmann a. a. O., S. 747.

5) Gaupp-Stein, Anm. III zu § 922.

6) Seuffert Bd. I., S. 203. — Weismann Bd. I, S. 319. — Merkel a. a. O., Seite 140.

7) Petersen, Anm. zu § 128.

8) Weismann, Bd. I, § 82.

9) Anderer Meinung: Hoffmann a. a. O.

10) Dorendorf, S. 12, 13. — Petersen, Anm. zu § 921.

steller nicht von vornherein den Gegner zur mündlichen Verhandlung laden.[11]) Eine solche Ladung würde unbeachtlich sein, der Vorsitzende könnte daraufhin keinen Termin bestimmen, da er zur Anordnung einer mündlichen Verhandlung nicht befugt ist und eine Klage nicht vorliegt.[12]) Entscheidet sich das Gericht für mündliche Verhandlung, so erfolgt die Anordnung durch Beschluß. Wie in den übrigen Fällen der fakultativen mündlichen Verhandlung, so bildet auch hier die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung nur die Ausnahme, da die Anordnung des Arrests regelmäßig ohne vorgängiges Verhandeln erfolgt.[13]) [14]) Der die mündliche Verhandlung anordnende Beschluß ist dem Antragsteller gemäß § 329 Absatz 3 von Amtswegen zuzustellen.[15]) Im amtsgerichtlichen Verfahren hat nach Bestimmung des Termins die Ladung beider Parteien von Amtswegen zu erfolgen (§ 497), dem Arrestbeklagten ist ferner das Arrestgesuch zuzustellen (§ 496), da die §§ 495 ff. zur Anwendung gelangen. Im Anwaltsprozeß bleibt dagegen die Ladung zum Termin dem Parteibetriebe überlassen. Hier würde das bei der gewöhnlichen fakultativen mündlichen Verhandlung anzuwendende Verfahren — Zustellung des mit der Terminsanberaumung versehenen Beschlusses über Anordnung der mündlichen Verhandlung — nicht ausreichen. Es kann von einer förmlichen Ladung nicht abgesehen werden, weil in der Verhandlung den Parteien nicht nur Gelegenheit zu ihren Ausführungen gegeben werden soll, sondern die Verhandlung hier der obligatorischen mündlichen Verhandlung gleichwertig ist. Insbesondere gibt es hier auch ein Versäumnisverfahren, wie unten des näheren darzutun ist; der Erlaß eines Versäumnisurteils ist aber gemäß § 335 Z. 2 nur möglich, wenn die nichterschienene Partei ordnungsmäßig zum Termine geladen ist. Der Gläubiger hat des-

11) Anderer Meinung: Peters S. 28.

12) Küntzel in Gruchot, Bd. 29, S. 458. — Gaupp-Stein, § 922.

13) Anders bei einstweiliger Verfügung § 937. Siehe unten.

14) Petersen, § 921. — Merkel a. a. O., S. 139. — Anderer Meinung: Peters S. 28.

15) Struckmann-Koch § 921. — Gaupp-Stein § 922. — Fischer a. a. O., Seite 649.

halb, nachdem er davon in Kenntnis gesetzt worden ist, daß die Entscheidung erst auf Grund mündlicher Verhandlung erlassen werden solle, Terminsanberaumung bei Gericht nachzusuchen und den Schuldner gemäß §§ 214, 216 zu laden.[16]) Und zwar muß der vom Gläubiger eingereichte Schriftsatz außer der Ladung zum Termin auch den im Termin zustellenden Antrag und dessen tatsächliche Begründung enthalten mit Rücksicht auf ein später gegebenenfalls zu erlassendes Versäumnisurteil (§ 335).[17]) Dabei ist die Ladungsfrist des § 217 einzuhalten, da es sich um eine Ladung gemäß §§ 214, 216 handelt und weder vorgeschrieben, noch durch die Eigenart des Verfahrens bedingt ist, eine Ausnahme von den für die notwendige mündliche Verhandlung geltenden Bestimmungen hier eintreten zu lassen.[18]) Hoffmann[19]) will dagegen auch beim Arrestverfahren, ebenso wie sonst bei der fakultativen mündlichen Verhandlung, die Ladung von Amtswegen erfolgen lassen, und hält die Einhaltung irgendwelcher Ladungsfrist nicht für erforderlich. Er stützt seine Meinung hinsichtlich des letzten Punktes einmal darauf, daß durch Einhaltung der Ladungsfrist der Zweck des Arrestverfahrens häufig vereitelt werden würde. Eine solche Erwägung ist jedoch de lege lata unnütz und kann nicht dazu führen, hier eine Ausnahme von den für das ordentliche Verfahren gegebenen Vorschriften willkürlich eintreten zu lassen. Tatsächlich ist aber Hoffmann's Befürchtung auch übertrieben, denn in den Fällen, in denen es auf besonders schleunige Erledigung ankommt, bietet § 226, der die Abkürzung der Ladungsfrist auf Antrag vorsieht, eine Handhabe, um zu dem von Hoffmann gewollten Erfolge zu gelangen. Weiter erinnert Hoffmann daran, daß das Arrestverfahren doch ein Verfahren auf ein angebrachtes Gesuch und nicht auf erhobene Klage sei, und daß ferner nur der Arrest als solcher Gegenstand des Streites sei. Doch auch diese Ausführungen sind nicht recht stichhaltig. Dem Unter-

16) Anderer Meinung: Merkel S. 139 und Hoffmann S. 747 f.
17) Gaupp-Stein a. a. O. — Petersen Bd. II, S. 629.
18) Struckmann-Koch, Anm. zu § 921. — Merkel S. 139.
19) a. a. O., S. 747.

schied zwischen Klage und Gesuch Wert beizumessen, würde sich nur rechtfertigen lassen, wenn es sich um die Einlassungsfrist (§ 262) handelte. Die Einhaltung der Einlassungsfrist wird aber hier, eben weil keine Klageschrift zuzustellen ist, gar nicht gefordert.[20]) Schließlich bringt Hoffmann vor, daß der Arrest doch nur als solcher, und nicht die Feststellung des zu sichernden Anspruchs als solche, Gegenstand des Streites sei. Darin ist ihm zuzustimmen.[21]) Jedoch ist nicht ersichtlich, aus welchem Grunde deshalb Parteiladung und Einhaltung der Ladungsfrist ausgeschlossen sein soll. Es steht somit nichts im Wege, die für die notwendige mündliche Verhandlung geltenden Bestimmungen über Parteiladung und Ladungsfrist auch auf die fakultative mündliche Verhandlung des Arrestverfahrens anzuwenden.

Eine Besonderheit ergibt sich dagegen für die Behandlung der Beweismittel im Arrestverfahren.[22]) Nach § 920 Absatz 2 sind nämlich der Anspruch und der Arrestgrund nur glaubhaft zu machen. Hierin liegt insofern eine ins Gewicht fallende Abweichung, von den für die obligatorische mündliche Verhandlung geltenden Vorschriften, als infolgedessen nach § 294 die Eideszuschiebung und alle Beweiserhebungen, die nicht sofort erfolgen können, im Arrestverfahren unstatthaft sind.[23])

Wenn das nach § 919 für die Anordnung des Arrestes zuständige Gericht der Hauptsache ein Kollegialgericht ist, und bei ihm die Anordnung des Arrestes beantragt wird, so besteht Anwaltszwang. Die Ladung muß demnach von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein, und ferner muß der Schuldner ebenfalls zur Bestellung eines Rechtsanwalts aufgefordert werden, ganz wie bei der obligatorischen Verhandlung.[24]) Im Verhandlungstermine selbst müssen vor Kollegialgerichten beide Parteien durch Rechtsanwälte vertreten sein. Kommt eine Partei ohne Anwalt, so wird sie als nicht erschienen behandelt.

---

20) Petersen, Anm. zu § 922.
21) Vgl. Gaupp-Stein, Anm. III, 2 zu § 922.
22) Merkel a. a. O., S. 140.
23) Petersen, Anm. zu 920.
24) Hoffmann a. a. O., S. 747. Merkel, S. 141.

Das Nichterscheinen des Antragstellers, des Gläubigers, hat zur Folge, daß auf Antrag des Gegners, des Schuldners, ein Versäumnisurteil erlassen und das Gesuch des Gläubigers abgewiesen wird (§ 330).[25]) Versäumt dagegen der Schuldner den Termin, so ist die in diesem Falle bei der notwendigen mündlichen Verhandlung geltende Vorschrift auf das Arrestverfahren nicht ohne weiteres anwendbar; denn § 920 verlangt Glaubhaftmachung des Anspruches und Arrestgrundes zur Anordnung des Arrestes. Da jedoch durch das Ausbleiben des Schuldners die dem Gläubiger obliegende Glaubhaftmachung als erfolgt anzusehen ist, so hat das Gericht dem Antrage stattzugeben, wenn die vom Gläubiger vorgebrachten Tatsachen das Gesuch rechtfertigen.[26]) Es wird also durch Versäumnisurteil nach dem Antrage des Gläubigers erkannt. Da entsteht nun die Frage, ob sich das Gericht für dieses Urteil der abgekürzten Form des § 313 Absatz 3 wird bedienen können. § 313 bietet die Möglichkeit, ein Urteil in abgekürzter Form auf die bei den Akten befindliche Urschrift oder Abschrift der Klage oder auf ein damit zu verbindendes Blatt zu setzen. Eine Klage ist im Arrestverfahren aber überhaupt nicht bei den Akten, sondern nur ein Gesuch. Und ein solches Gesuch vermag in dieser Beziehung die Klageschrift nicht zu ersetzen, denn Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 313 Absatz 3 ist das Vorhandensein einer Klageschrift. Das ergibt sich aus der Bestimmung des § 696 Absatz 3, daß zur Herstellung eines Urteils in abgekürzter Form an Stelle der Klageschrift bei vorangegangenem Mahnverfahren der Zahlungsbefehl benutzt werden kann. Wäre der Gesetzgeber davon ausgegangen, daß das Wort „Klage" im § 313 Absatz 3 extensiv zu interpretieren sei, so wäre die Vorschrift des § 696 Absatz 3 überflüssig gewesen, denn auch in dem an ein Mahnverfahren sich anschließenden ordentlichen Verfahren ist keine Klageschrift, mitunter (§ 702) nicht einmal ein Gesuch vorhanden, der Zahlungsbefehl vertritt also dort die Klageschrift in ähnlicher Weise, wie im Arrestverfahren es das Gesuch tut. Außerdem ist für

25) Hoffmann, S. 748.

26) Gaupp-Stein, Petersen § 922. — A. M. Hoffmann.

das Gesuch, dessen Angaben der Zahlungsbefehl gemäß § 692 übernimmt, in imperativer Form ein festbestimmter Inhalt durch § 690 vorgeschrieben entsprechend der Bestimmung, die § 253 für die Klage trifft. Dagegen enthält § 920 über den Inhalt des Arrestgesuches nur instruktionelle Vorschriften. Demnach entspricht das Arrestgesuch der Klage im Sinne des § 313 Absatz 3 nicht, und für das Versäumnisurteil im Arrestverfahren ist die abgekürzte Form ausgeschlossen.

Rechtfertigen die vom Gläubiger vorgebrachten Tatsachen das Gesuch nicht, so muß Abweisung gemäß § 331 Absatz 2 erfolgen. Das Versäumnisurteil ist von der Partei, gegen die es erlassen ist, regelmäßig [27]) mit dem Einspruch anfechtbar (§ 338). [28]) Und zwar erfolgt die Einlegung des Einspruchs durch Einreichung der Einspruchsschrift bei dem Gerichte, das das Versäumnisurteil erlassen hat, wie sich aus entsprechender Anwendung des § 340 Absatz 1 ergibt, der für das ordentliche Verfahren das Prozeßgericht für zuständig erklärt.

Erscheint keine der beiden Parteien im Termine, so ruht das Verfahren. Das Gericht kann keine Entscheidung über das Gesuch treffen, da hier die Verhandlung nicht nur informatorischer Natur ist, sondern denselben Zweck hat, wie die gemäß § 925 auf erhobenen Widerspruch hin angeordnete obligatorische mündliche Verhandlung. [29]) Sind beide Parteien in dem Termine ausgeblieben, so ist also die Sache für das Gericht erledigt. Sucht jedoch eine von beiden Parteien, nachdem beide in dem zunächst vom Gericht anberaumten Termine ausgeblieben waren, das Verfahren durch eine neue Ladung zur mündlichen Verhandlung in Gang zu setzen, so ist das Gericht gehalten, durch Bestimmung eines neuen Termins der Sache ihren Fortgang zu geben. [30])

---

27) Vgl. § 513, Absatz 2 (§ 238, Absatz 2, 345).
28) Seuffert, Bd. I, S. 203.
29) Ausführlich behandelt das Hoffmann a. a. O. S. 749.
30) Gaupp-Stein, Anm. zu § 922.

§ 10. Das eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren.

Auf das Verfahren, in dem es sich um die Anordnung einstweiliger Verfügungen handelt, finden die Vorschriften über das Arrestverfahren gemäß § 936 entsprechende Anwendung, soweit nicht die Prozeßordnung dafür noch besondere Bestimmungen gegeben hat. In Betracht kommen dafür die §§ 937 und 942.

Ist das Gesuch auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung gerichtet, so kann die Entscheidung nur in dringenden Fällen ohne mündliche Verhandlung erfolgen (§ 937 Absatz 2). Hier ist also die Anordnung der mündlichen Verhandlung nicht vollkommen in das Ermessen des Gerichts gestellt. Sondern wenn nach Lage der Sache eine Dringlichkeit des Falles nicht vorhanden ist, so hat das Gericht überhaupt nicht die Wahl, ob es sich für sofortige Entscheidung über das Gesuch oder für Anordnung mündlicher Verhandlung aussprechen will. Es muß vielmehr mündliche Verhandlung anordnen.[1]) Hat dagegen die Prüfung des Gesuches ergeben, daß Dringlichkeit vorliegt, so steht es dem Gericht frei, ob es trotzdem nur auf Grund mündlicher Verhandlung oder sofort auf Grund der Akten seine Entscheidung treffen will. „Das Gericht hat zu prüfen, ob Gefahr besteht, daß der Zweck des Gesuchs durch mündliche Verhandlung gefährdet werde, und erst wenn letzteres bejaht ist, nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob aus diesem Grunde von der mündlichen Verhandlung abgesehen oder trotzdem solche angeordnet werden soll.“[2]) Erläßt das Gericht die Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung, so muß der Beschluß die Feststellung enthalten, daß eine Dringlichkeit des Falles vorlag.[3]) Hat das Gericht mündliche Verhandlung angeordnet, so erfolgt die Entscheidung gemäß §§ 922, 936 durch Urteil.

---

1) Juristische Wochenschrift 1895, S. 454 Nr. 6.

2) Ferien-Senats-Beschluß vom 9. August 1902 des Oberlandesgerichts Königsberg in Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. 6, S. 430.

3) Beschluß des 2. Ziv.-Sen. des O. L. G. Karlsruhe, Rechtsprechung Bd. 13, S. 175.

Gegen die Anordnung der mündlichen Verhandlung hat der Antragsteller nicht das Rechtsmittel der Beschwerde, selbst wenn er ausdrücklich gebeten hatte, von der Anberaumung mündlicher Verhandlung abzusehen. Der Antragsteller hat kein Recht darauf, daß über sein Gesuch gerade im Beschlußverfahren entschieden werde, denn das Gericht hat es vollkommen in der Hand, ob es über die Erlassung der einstweiligen Verfügung mündlich verhandeln will, lediglich sein Ermessen kommt dabei in Betracht,[4]) und es wird durch die Anordnung mündlicher Verhandlung überhaupt kein den Rechtsstreit betreffendes Gesuch zurückgewiesen, sondern nur über die Art des Verfahrens Bestimmung getroffen.[5])

Die zweite Sondervorschrift enthält § 942. Einmal steht er im Gegensatz zu § 937 Absatz 1, indem er die Zuständigkeit abweichend von dessen Vorschriften regelt. Andererseits bringt er eine Abweichung von § 922, nach dem die Entscheidung im Falle einer vorgängigen mündlichen Verhandlung durch Endurteil zu erfolgen hat. Nämlich die gemäß § 942 von dem Amtsgerichte, in dessen Bezirke sich der Streitgegenstand befindet, zu erlassende einstweilige Verfügung ist auch nach vorgängiger mündlicher Verhandlung ein Beschluß, kein Urteil.[6]) Stein hält hier ein Urteil für ausgeschlossen, weil die regelwidrige Annahme des § 922 hier nicht vorgeschrieben ist. Nun ist allerdings Stein insoweit beizupflichten, als in § 937 nicht ausdrücklich gesagt ist, der § 922 habe entsprechende Anwendung zu finden. Aber daraus allein läßt sich kein Schluß auf die Form, in der die Entscheidung zu ergehen hat, ziehen; denn § 936 läßt auf die Anordnung der einstweilgen Verfügung und das weitere Verfahren die Vorschriften über die Anordnung von Arresten und über das Arrestverfahren entsprechende Anwendung finden, soweit nicht die §§ 937 bis 942 abweichende Vorschriften enthalten.

---

4) Reichsgericht, 1. Ziv. Sen., Jurist. Wochenschrift 1899, S. 257 Nr. 8.

5) Beschluß des 3. Ziv. Sen. des Kammergerichts vom 20 6. 1902 in Rechtsprechung Bd. 5, S. 326. — Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 54 Seite 348.

6) Gaupp-Stein, § 942. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 13, S. 324.

Eine abweichende Vorschrift enthalten die genannten Paragraphen in dieser Richtung nun nicht, also würde gemäß § 936 der § 922 im Falle des § 942, ebenso wie im Falle des § 937 zur entsprechenden Anwendung zu bringen sein, da es sich im § 942 um Anordnung einer einstweiligen Verfügung und das sich anschließende Verfahren handelt. Wenn trotzdem hier die Entscheidung auch nach vorgängiger mündlicher Verhandlung als Beschluß zu erlassen ist, so erklärt sich das aus der Eigenart des in § 942 vorgeschriebenen Verfahrens selbst. Es ist nämlich beim Erlaß der einstweiligen Verfügung hier eine Frist zu bestimmen, innerhalb deren der Gegner zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung vor das Gericht der Hauptsache zu laden ist.

In diesem Verfahren wird dann über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung durch Urteil entschieden. Während nach §§ 924, 922 im Widerspruchsverfahren über die Rechtmäßigkeit des Arrestes ein Urteil nur ergehen kann, wenn vorher keine mündliche Verhandlung anberaumt gewesen und infolgedessen der Arrest durch Beschluß angeordnet worden ist, muß hier der Antragsteller, der eine einstweilige Verfügung erwirkt hat, stets ein mit einem Urteil abschließendes Verfahren über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung herbeiführen, wenn er nicht Gefahr laufen will, daß die erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 942 Absatz 3 wieder aufgehoben wird. Die Erwägung, die den Gesetzgeber veranlaßt hat, vorzuschreiben, daß die Entscheidung über das Arrestgesuch im Falle einer vorgängigen mündlichen Verhandlung durch Endurteil zu erfolgen habe, greift demnach hier nicht Platz. Denn wollte man verlangen, daß nach mündlicher Verhandlung hier die einstweilige Verfügung durch Urteil erlassen würde, so würde über dieselbe einstweilige Verfügung zweimal durch Urteil entschieden werden, da doch das Ergebnis der Prüfung der Rechtmäßigkeit wieder in einem Urteil niederzulegen ist. Es würde sich also als überflüssig erweisen, wenn die Erlassung der einstweiligen Verfügung in der Form eines Urteils erfolgte, und es könnte kommen, daß das Amtsgericht der Hauptsache durch Urteil das Urteil des

Amtsgerichts aufhöbe, in dessen Bezirk sich der Streitgegenstand befindet. Die Besonderheit des im § 942 geregelten Verfahrens bringt es demnach mit sich, daß die Entscheidung stets als Beschluß ergeht.

Da die Entscheidung hier nicht wie im Arrestverfahren und wie bei notwendiger mündlicher Verhandlung durch Urteil gefällt wird, ist das Verfahren auch nicht den beim Arrestverfahren anzuwendenden von der Prozeßordnung für die obligatorische mündliche Verhandlung gegebenen Vorschriften unterworfen. Es gelten vielmehr hier wieder die im ersten Abschnitte erörterten Grundsätze der gewöhnlichen fakultativen mündlichen Verhandlung.

Lebenslauf.

Am 10. Januar 1878 wurde ich, Karl Werner Hoffmann, evangelischen Bekenntnisses, als Sohn des Apothekenbesitzers Albin Hoffmann und dessen Ehefrau Emilie geb. Goedel in Mücheln, Kreis Querfurt, geboren.

Nach Besuch der Bürgerschule in meiner Heimatstadt erhielt ich die weitere Schulbildung auf dem Königlichen Domgymnasium in Merseburg, das ich Michaelis 1898 mit dem Zeugnisse der Reife verließ. An den Universitäten in Halle, Freiburg im Breisgau und München studierte ich und hörte Vorlesungen bei den Herren von Amira, Arndt, Birkmeyer, von Brentano, von Brünneck, Conrad, Eisele, Endemann, Fitting, Frank, Heck, von Hollander, Liepmann, Loening, von Mayr, von Seuffert, Stammler, Stein, Stutz.

Am 18. April 1903 bestand ich das Referendarexamen, am 13. Mai 1908 die große juristische Staatsprüfung und am 21. Juni 1912 das Examen rigorosum. Seit dem 1. Juni 1908 bin ich dem Königlichen Amtsgerichte in Wettin zur unentgeltlichen Beschäftigung überwiesen. Meine Tätigkeit dort ist durch eine sechsmonatige Beschäftigung bei der Landwirtschaftskammer für die Provinz Sachsen in Halle a. S. und durch Rechtsanwaltsvertretungen unterbrochen worden.

Allen den Herren, deren Vorlesungen ich hören durfte, bin ich zu großem Danke verpflichtet, insbesondere Herrn Professor Dr. Stein, dem ich die Anregung zu dieser Arbeit verdanke, und Herrn Professor Dr. Pagenstecher für die Förderung, die er mir in reichem Maße bei Abfassung der Arbeit hat zuteil werden lassen.

Thesen.

Der Grundsatz der Mündlichkeit gilt bei fakultativer mündlicher Verhandlung im Zivilprozeß nicht in gleichem Maße wie bei obligatorischer mündlicher Verhandlung; dagegen gilt in beiden Verfahrensarten die Verhandlungsmaxime.

§ 497 ZPO. hat auch bei fakultativer mündlicher Verhandlung Anwendung zu finden.

Wenn der verklagte außereheliche Vater, der zur Erhebung der Klage nicht durch sein Verhalten Veranlassung gegeben hat, den erhobenen Anspruch sofort anerkennt, so sind die Prozeßkosten dem Kläger auch dann aufzuerlegen, wenn dieses Anerkenntnis nur mündlich und nicht in einer öffentlichen Urkunde abgegeben wird.

§ 347 StPO. findet auf die sofortige Beschwerde aus § 81 Anwendung.

§ 566 Satz 2 BGB. ist zwingender Natur, nicht bloße Auslegungsregel.

§ 200 Abs. 3 StGB. gilt für alle Beleidigungen, nicht nur für die in Absatz 1 und 2 erwähnten.